



CORTE  
NACIONAL DE  
JUSTICIA

*Justicia que se ve*

# Jurisprudencia Ecuatoriana

CIENCIA Y DERECHO



**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**JURISPRUDENCIA  
ECUATORIANA**

**CIENCIA Y DERECHO**

**Período Enero - Diciembre 2012**

**Quito - Ecuador**

Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia  
Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho; período enero 2012- diciembre 2012.  
Obra licenciada bajo Creative Commons 3.0 Ecuador. BY-NC-ND  
Pág. 468, 21x29,7cm.  
ISSN 1390-7824

## CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

### UNIDAD DE PROCESAMIENTO DE JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Dr. Carlos Ramírez Romero  
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Miguel Ángel Valarezo Tenorio  
Director de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas



*Esta obra está licenciada bajo una Licencia Creative Commons Atribución - NoComercial - SinDerivadas 3.0 Ecuador. Para ver una copia de esta licencia, visita <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ec/> o envía una carta a Creative Commons, 444 Castro Street, Suite 900, Mountain View, California, 94041, USA.*

Av. Río Amazonas N37-101 y Unión Nacional de Periodistas  
Teléfonos: (593-2) 3 953-500 2 995-800  
Apartado Postal N° 17-17-1318c  
Quito - Ecuador  
Email: [jurisprudencia@cortenacional.gob.ec](mailto:jurisprudencia@cortenacional.gob.ec)  
<http://www.cortenacional.gob.ec>

## CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



DICIEMBRE 2012

# Juezas y Jueces Nacionales

## PRESIDENCIA

**Dr. Carlos Ramírez Romero**  
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

## SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo**  
Presidente de Sala y Juez Nacional de la Corte  
Nacional de Justicia

**Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia**  
Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso**  
Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. José Suing Nagua**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

**Dr. José Suing Nagua**  
Presidente de Sala y Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia**  
Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Gustavo Durango Vela**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## SALA DE LO PENAL

**Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso**  
Presidenta de Sala y Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Paúl Íñiguez Ríos**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Vicente Robalino Villafuerte**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Lucy Elena Blacio Pereira**  
Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Jorge Blum Carcelén**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Gladys Edilma Terán Sierra**  
Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Wilson Merino Sánchez**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Merck Benavides Benalcázar**  
Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

**Dr. Merck Benavides Benalcázar**

Presidente de Sala y Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Mariana Yumbay Yallico**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Rosa Merchán Larrea**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Lucy Elena Blacio Pereira**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Vicente Robalino Villafuerte**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE ADOLESCENTES INFRACTORES**

**Dra. Mariana Yumbay Yallico**

Presidenta de Sala y Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Rosa Merchán Larrea**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Vicente Robalino Villafuerte**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

**Dr. Paúl Íñiguez Ríos**

Presidente de Sala y Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Oscar Bermúdez Coronel**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Wilson Andino Reinoso**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Paulina Aguirre Suárez**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Rosa Merchán Larrea**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LA FAMILIA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**Dra. Carmen Rocío Salgado Carpio**

Presidenta de Sala y Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Oscar Bermúdez Coronel**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Alfonso Granizo Gavidia**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## SALA DE LO LABORAL

**Dr. Alfonso Granizo Gavidia**

Presidente de Sala y Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Carmen Rocío Salgado Carpio**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Paulina Aguirre Suárez**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Gladys Edilma Terán Sierra**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Wilson Andino Reinoso**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Jorge Blum Carcelén**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Wilson Merino Sánchez**

Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Mariana Yumbay Yallico**

Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## Conjuezas y Conjueces Nacionales

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**Dr. Héctor Arcelio Mosquera**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Francisco Abelardo Iturralde Albán**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Daniella Lisette Camacho**

Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

### SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

**Dr. Juan Gonzalo Montero Chávez**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro**

Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. José Luis Terán Suárez**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO PENAL**

**Dra. Aída Ofelia Palacios Coronel**

Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas**

Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dra. Rosa Zulema Pachacama Nieto**

Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO**

**Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas**

Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dra. Rosa Zulema Pachacama Nieto**

Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE ADOLECENTES INFRACTORES**

**Dra. Aída Ofelia Palacios Coronel**

Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa**

Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dra. Janeth Santamaría A.**

Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

**Dr. Edgar Guillermo Narváez Pasos**

Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos**

Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dr. Oscar René Enríquez Villarreal**

Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LA FAMILIA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa**  
Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia

**Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier**  
Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dra. Janeth Santamaría A.**  
Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## **SALA DE LO LABORAL**

**Dr. Alejandro Magno Arteaga García**  
Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dr. Kaiser Olmedo Arévalo Barzallo**  
Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz**  
Conjuez Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

**Dra. María Consuelo Heredia Yerovi**  
Conjueza Nacional de la  
Corte Nacional de Justicia

## CONTENIDO

<b>PRESENTACION</b>	15
Dr. Carlos Ramírez Romero	

### Primera Parte

<b>CAPITULO I</b>	
<b>DOCTRINA E INVESTIGACION</b>	17

#### 1. Doctrina

1.1	Artículos Jueces y conjuces	
1.1.1.	<b>LA PREJUDICIALIDAD, EN LA FALSEDAD MATERIAL DE DOCUMENTO PÚBLICO</b>	19
	Dr. Jorge M. Blum Carcelén.	
1.1.2.	<b>LA ADICCIÓN A LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y LA RESPUESTA NO CRIMINAL DEL ESTADO.</b>	24
	Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte.	
1.1.3.	<b>DERECHOS DE VICTIMAS: NEGACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA A VÍCTIMAS DE TRATA POR EXPLOTACIÓN SEXUAL.</b>	31
	Ab. Jenny J. Parrales P. y Ab. Consuelo Bowen M.	
1.1.4.	<b>EL NEO CONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL.</b>	44
	Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia. (Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo y Derechos Humanos: La Actividad Administrativa de los poderes del Estado, Derechos Humanos y Control Judicial 15 y 16 de Octubre de 2012)	

#### 2. Investigación

2.1.	Investigación 1.	55
	<b>JUBILACIÓN PATRONAL EN EL ECUADOR.</b>	
	Dr. Patricio Muñoz Valdivieso. Área Laboral. Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas.	
2.2.	Investigación 2.	67
	<b>EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.</b>	
	Dra. Elena Durán. Área Contencioso Administrativo. Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas.	
2.3.	Investigación 3.	72
	<b>CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE PROPORCIONALIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS PENAS.</b>	
	Dr. Miguel Valarezo Tenorio. Director de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas. Dra. Silvana Calero. Área Civil y Mercantil. Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas.	

## Segunda Parte

<b>CAPITULO II</b>	
<b>RESOLUCIONES DEL PLENO</b>	77
2.1. Resoluciones con Fuerza de Ley	
2.1.1. Integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia (Resolución N° 01-2012).	79
2.1.2. Distribución y despacho de causas en la Corte Nacional de Justicia (Resolución N° 02-2012).	80
2.1.3. Subrogación de Presidentes de la Sala y de Conjueces (Resolución N° 03-2012).	83
2.1.4. Cambio e la integración de las Salas de la Corte Nacional de Justicia (Resolución N° 04-2012).	83
2.1.5. El Juez de Garantías Penales debe calificar la malicia o temeridad de las denuncias en los delitos e acción pública (Resolución N° 05-2012).	85
2.1.6. Creación de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia (Resolución N° 06-2012; R.O. N° 743 de 11 de julio de 2012).	86
2.1.7. Disolución de los procesos en caso de variar la integración de una Sala de Jueces o Conjueces (Resolución N°07-2012; R.O. N° 735 de 25 de Julio de 2012).	90
2.1.8. Competencia en Materia Penal Ambiental (Resolución N° 08-2012).	91
2.1.9. Cambio de Criterio Jurisprudencial (Resolución N° 09-2012).	93
2.1.10. Cambio de integración de las Salas (Resolución N° 10-2012).	95
2.1.11. Integración de la Sala Especializada Temporal de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia (Resolución N° 11-2012)	96
2.1.12. Deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que establecía que las sentencias dictadas en los juicios posesorios son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material (Resolución N° 12-2012)	97

## Tercera Parte

<b>CAPITULO III</b>	
<b>FALLOS RELEVANTES DICTADOS POR LAS SALA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA</b>	99
<b>3.1 Sala Especializada de lo Civil Mercantil y Familia</b>	
3.1.1 Nulidad de Sentencia (Juicio N° 481-2009; Jueza Ponente Dra. Paulina Aguirre Suárez).	101
3.1.2 Daño moral y daños y perjuicios materiales (Juicio N° 510-2010; Jueza Ponente Dra. Paulina Aguirre Suárez).	105

3.1.3	Despojo Violento (Juicio N° 550-2009; Juez Ponente Dr. Paúl Íñiguez Ríos)	114
3.1.4	Prescripción de la Acción (Juicio N° 32-2007; Juez Ponente Dr. Paúl Íñiguez Ríos).	117
3.1.5	Letra de Cambio (Juicio N° 363-2011; Juez Ponente Dr. Wilson Andino Reinoso).	120
3.1.6	Nulidad de escritura de hipoteca (Juicio N° 152-2010 MBZ; Juez Ponente Dr. Wilson Andino Reinoso).	124
3.1.7	Procedencia del recurso de casación en los juicios posesorios (Juicio N° 114-2008 (1); Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel).	130
3.1.8	Contrato de Seguros (Juicio N° 554-2011; Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel).	136
3.1.9	Competencia Desleal (Juicio 1140-2011; Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda).	142
3.1.10	Contrato de compra venta (Juicio N° 596-2009; Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea).	162
3.1.11	Reivindicación de inmueble (Juicio N° 1057-2009; Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea).	164

### **3.2 Sala Especializada de lo Penal**

3.2.1	Producción, comercialización y distribución de imágenes pornográficas. (Juicio N° 489-2011; Jueza Ponente Dra. Gladys Terán Sierra).	171
3.2.2	Asesinato (Juicio N° 396-2011; Jueza Ponente Dra. Gladys Terán Sierra).	178
3.2.3	Violación (Juicio N° 1025-2011; Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc).	185
3.2.4	Utilización dolosa de documento falso (Juicio N° 945-2009; Juez Ponente: Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc).	197
3.2.5	Homicidio Inintencional (Mala práctica médica) (Juicio N° 793-2011; Juez Ponente: Dr. Wilson Merino Sánchez).	203
3.2.6	Robo calificado (Juicio N° 843-2011; Juez Ponente: Dr. Wilson Merino Sánchez).	211
3.2.7	Injurias (Juicio N° 535-2011YP; Jueza Ponente: Dra. María Ximena Vintimilla).	218
3.2.8	Injurias (Juicio N° 889-2010; Jueza Ponente: Dra. María Ximena Vintimilla).	222
3.2.9	Asesinato (Juicio N° 482-2011 - VR; Juez Ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte).	226
3.2.10	Tenencia ilícita de sustancias estupefacientes (Juicio N° 633 - 2010 VR; Juez Ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte).	232
3.2.11	Robo (Juicio N° 1039-2011; Juez Ponente: Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo).	244
3.2.12	Extradición (Juicio N° 266-2012; Juez Ponente: Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo).	249
3.2.13	Atentado al Pudor (Juicio N° 84-2011 P-LBP; Jueza Ponente: Dra. Lucy Blacio).	253
3.2.14	Violación (Juicio N° 918-P-2010-LBP; Jueza Ponente: Dra. Lucy Blacio).	262

### **3.3 Sala Especializada de lo Laboral**

- 3.3.1 Liquidación de haberes (Juicio N° 187-2009 (Ex 2da. Sala); Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez). 273
- 3.3.2 Jubilación Patronal (Juicio N° 119-2009 (Ex 2da. Sala); Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez). 277
- 3.3.3 Indemnización por despido intempestivo (Juicio N° 251-2006; Juez Ponente: Dr. Alfonso Granizo Gavidia). 281
- 3.3.4 Existencia de relación laboral (Juicio N° 378-05; Juez Ponente: Dr. Alfonso Granizo Gavidia). 285
- 3.3.5 Indemnización por Jubilación Patronal (Juicio N° 904-10; Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo). 291
- 3.3.6 Despido Intempestivo (Juicio N° 1188-11; Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo). 299

### **3.4 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo**

- 3.4.1 Legalidad de Acto Administrativo Impugnado Juicio N° 84-2012; Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo). 306
- 3.4.2 Responsabilidad extracontractual objetiva del Estado - caso Guadalupe Larriva. (Juicio N° 139-2010; Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo) 310
- 3.4.3 Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (Juicio N° 149-2010; Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia). 330
- 3.4.4 Silencio Administrativo (Juicio N° 176-2007; Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia). 334

### **3.5 Sala Especializada de lo Contencioso Tributario**

- 3.5.1 Declaración de nulidad por incompetencia del Tribunal (Juicio N° 105-2010; Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia). 338
- 3.5.2 Prescripción de la acción de cobro (Juicio N° 223-2010-GC.; Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia). 341
- 3.5.3 Impugnación de Glosas (Juicio N° 421-2009; Juez Ponente: Dr. Gustavo Durango Vela). 343
- 3.5.4 Impugnación de Acta de Determinación Tributaria (Juicio N° 98-2010; Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua). 348
- 3.5.5 Nulidad de las Actas de re-determinación (Juicio N° 282-2010; Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua). 358
- 3.5.6 Impugnación de Glosas (Juicio N° 535-2010; Juez Ponente Dr. José Suing Nagua). 368

### 3.6 Sala Especializada de la Niñez y Adolescencia

3.6.1	Divorcio (Juicio N° 112-2012; Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo).	382
3.6.2	Prestación de Alimentos (Juicio N° 104-2012; Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo).	386
3.6.3	Divorcio (Juicio N° 63-2012 Wg; Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia).	391
3.6.4	Divorcio (Juicio N° 188-2012; Wg; Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia).	395
3.6.5	Restitución internacional de menor (Juicio N° 153-2012; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel).	400
3.6.6	El debido proceso (Juicio N° 271-2012); Dr. Eduardo Bermúdez Coronel).	405
3.6.7	Divorcio (Juicio N° 30-2012 PVM; Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio).	412
3.6.8	Nulidad absoluta de testamento abierto (Juicio N° 62-2012 PVM; Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio).	415

### 3.7 Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito

3.7.1	Accidente de Tránsito (Juicio N° 286-2012 M.R.M.; Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea).	423
3.7.2	Accidente de Tránsito (Juicio N° 296-2012 M.R.M.; Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea).	427

## Cuarta Parte

### CAPITULO IV

<b>ALGUNOS TEMAS RELEVANTES TRATADOS POR LA UNIDAD DE PROCESAMIENTO DE JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA CORTE NACIONAL.</b>	427
---	-----

#### 4.1. EN MATERIA PENAL

4.1.1.	Elementos constitutivos de la acción colusoria en materia procesal penal.	433
4.1.2.	El principio de la carga de la prueba en lo penal se sustituye por el de IN DUBIO PRO REO.	434
4.1.3.	La valoración de la prueba en las modalidades del delito de usurpación.	436
4.1.4.	Conflicto de competencia negativa.	437
4.1.5.	El análisis químico de las sustancias estupefacientes incautadas no constituirá única prueba a presentar ante el Juez.	438

#### **4.2. EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

4.2.1. La motivación en las resoluciones de destitución.	439
4.2.2. La omisión de solemnidad sustancial conlleva nulidad procesal.	440
4.2.3. Impugnación de glosas por falta de competencia.	441
4.2.4. Prescripción de las acciones derivadas de los contratos.	443
4.2.5. Competencia para conocer demandas contra actos administrativos y resoluciones del Consejo de la Judicatura.	444

#### **4.3. EN MATERIA DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

4.3.1. Falta de examen de ADN no obsta para declarar paternidad notoria.	446
4.3.2. Causa para la extinción de alimentos	448
4.3.3. Requisitos para que un fallo sea motivado.	449
4.3.4. Declaración de Unión de Hecho.	451
4.3.5. Violación de trámite	453

#### **4.4. EN MATERIA CIVIL**

4.4.1. En el juicio ejecutivo basado en la letra de cambio no procede recurso de casación.	454
4.4.2. Cuando un auto de nulidad no es susceptible de Recurso de Casación.	454
4.4.3. Prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio entre comuneros o condóminos.	455
4.4.4. Nulidad de Sentencia de última instancia	459
4.4.5. Consecuencias de un acto o contrato con condición suspensiva fallida.	459

#### **4.5. EN MATERIA LABORAL**

4.5.1. Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008.	461
4.5.2. Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008.	462
4.5.3. Herederos del trabajador tienen derecho a percibir la pensión jubilar durante un año siempre y cuando el trabajador hubiera estado en goce de ella (Art. 217 del Código del Trabajo).	463
4.5.4. Conocimiento por parte del juez de la resolución de visto bueno del inspector del trabajo impugnada (Art. 183 del Código del Trabajo).	464
4.5.5. Pago de vacaciones no gozadas.	464
4.5.6. Procedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado.	465
4.5.7. Improcedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado.	466

## PRESENTACIÓN

El significado y alcances de la jurisprudencia no ha sido siempre el mismo. Ha estado sujeto a un discurrir histórico en el que ha ido adquiriendo no solo el carácter de fuente del Derecho sino vinculatoriedad como norma jurídica. En este último aspecto, se destaca la labor del juez ya que a partir de sus decisiones frente a casos concretos se va generando el precedente judicial que podrá ser invocado para la resolución de problemas jurídicos a los cuales el mismo resulte aplicable. De esta manera, la fuerza vinculante del precedente judicial deviene de la *ratio decidendi*, es decir, de la razón general que constituye la base necesaria de la decisión judicial.

En el derecho moderno la jurisprudencia es entendida como un conjunto de decisiones judiciales, un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares.

La jurisprudencia es fundamental para el Estado de Derecho porque da contenido al sistema jurídico en los detalles y, además, porque crea seguridad al hacer predecible la administración de justicia. Pero la jurisprudencia es también importante porque crea políticas jurisdiccionales. Por éstas entendemos los grandes criterios de administración de justicia establecidos en ejercicio de sus competencias por el máximo órgano de resolución de conflictos del Poder Judicial.

Las políticas jurisdiccionales no son una imposición vertical de arriba hacia abajo pero, obviamente, muestran al juzgador de primer nivel, cómo se verá la causa cuando sea recibida por los jueces de instancias superiores. Esto permitirá que el Poder Judicial trabaje armónica y más eficientemente.

Vivimos una época que refleja cambios paradigmáticos en la manera de formar Jurisprudencia, es decir, en la manera de registrar los criterios que constituyen la creación del Derecho a través de la actividad jurisdiccional. La mayoría de estos cambios se debe a reformas constitucionales y acontecimientos de gran relevancia histórica que han impactado en el sistema jurídico nacional. Nosotros hemos llegado a éste punto, a partir de los cambios establecidos por la nueva Constitución, la Jurisprudencia es diferente a partir de este momento, ya que se consolida como fuente normativa.

Sin embargo la jurisprudencia es tan voluminosa que la labor de realizar el análisis jurisprudencial sobrepasa al más valiente de los investigadores. Los descriptores utilizados para sistematizar la jurisprudencia, por ejemplo, la agrupan en torno a “derechos” y, este sistema es de poca utilidad para el operador jurídico que, sin necesidad de conocer toda la jurisprudencia, la quiere usar con rigor metodológico. La referencia a los descriptores utilizados por empresas editoras, por ejemplo, casi siempre invita a leer decenas e incluso centenas de sentencias. Esta labor, por supuesto, no es realizable por jueces y abogados con muy serios límites de tiempo. La metodología de línea de jurisprudencia, por tanto, si ha de tener algún éxito práctico, debe tratar de identificar las sentencias agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos. Eso implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, cercanía y relevancia en relación a los patrones fácticos bajo estudio.

El trabajo es arduo y el camino es difícil, pero se encuentra bien trazado, con una misión y visión muy clara, lo que nos motiva y nos guía para dar lo mejor de nosotros, ahora es momento de caminar con más bríos y pasión para lograr nuestros objetivos. Nuestra recompensa será la satisfacción del deber cumplido con nuestro país y con la sociedad a la que nos debemos. La jurisprudencia, entendida como el resultado del oficio de construir el Derecho al momento de juzgar, será el motor fundamental para la buena marcha de nuestra institución. Los años por venir serán años de construcción y requerirán de la creatividad, eficiencia, voluntad de todos quienes hacemos la administración de justicia.

**Dr. Carlos Ramírez Romero**  
PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



# PRIMERA PARTE



## CAPÍTULO I DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

### 1. DOCTRINA

#### 1.1. Artículos de Jueces y Conjueces



### 1.1.1. La Prejudicialidad, en la falsedad material de documento público

**Dr. Jorge M. Blum Carcelén**  
Juez Nacional de la Sala Penal,  
de la Corte Nacional de Justicia

Cuando la corriente doctrinaria del país, se inclina por el análisis de la constitucionalización del derecho procesal penal, nos parece oportuno, tratar un tema que a través de los tiempos ha causado grandes debates en los estudiosos del derecho penal, como lo es la “Prejudicialidad”, sobre todo por la forma de aplicarla, en los distintos eventos delictivos de la falsedad de documento público, produciéndose en la práctica graves errores que lesionan la norma procesal y por ende el debido proceso, provocando inseguridad jurídica.

Con la expedición de la Constitución de 2008, se instaura en nuestro país, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cambiando con este marco la orientación de la administración de justicia y con ello la obligación de las juezas y jueces, quienes tenemos el sagrado deber de garantizar, en todo acto jurisdiccional, los derechos fundamentales de los justiciables.

Partiendo de la norma constitucional, contenida en el Art. 169, se establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal; cuidando que en todo proceso se asegure el respeto y cumplimiento del derecho al debido proceso; debiendo juzgarse a una persona, ante la jueza, juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento,

como lo señala el numeral tercero del Art. 76 de la Constitución.

El Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el R.O. 544 de 9 de marzo de 2009, instituye que los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan determina materia.

Sobre la interpretación de la ley procesal, el Art. 29 *Ibíd*em, señala que las juezas y jueces, deben tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los Instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley; y las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, como los vacíos de éstas, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Con este brevísimo análisis de orden Constitucional y del COFJ, debemos entender que a través de la norma procesal, se cumple con el debido proceso, de ahí la importancia de la Prejudicialidad, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, en el Art. 40 del Código de Procedimiento

Penal, que establece: ***“En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”***; diminuta disposición procesal que no permite aplicarla correctamente, ya que ni siquiera señala cuales son estos casos, donde debe aplicarse la Prejudicialidad.

El recordado maestro Edmundo Durán Díaz, en su Obra Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen 1. Año 1992. Pág. 165, al tratar sobre las cuestiones prejudiciales en la Legislación ecuatoriana, reflexionaba en el sentido de que ...“es realmente sensible que el Legislador ecuatoriano, no haya fijado con claridad y precisión dichas cuestiones prejudiciales. Por eso los autores no coinciden en su enumeración. Tampoco se han hecho mayores esfuerzos para dilucidar si, realmente los casos que cada uno de ellos mencionan, corresponden a lo que exige la lógica jurídica, para descubrir si son verdaderamente cuestiones prejudiciales...”; y, citando a connotados estudiosos nacionales, el mismo autor trató de señalar los casos de Prejudicialidad, indicando que el Dr. Andrés F. Córdova sólo se refiere a la falsedad de instrumento público; el Dr. Lloré Mosquera, menciona el rapto seguido de matrimonio, el falso testimonio o el perjurio cometido en un juicio civil, la falsedad de instrumento público y la calificación de la insolvencia o la quiebra; El Dr. Jorge Zavala Baquerizo: “la falsedad de instrumento público, la quiebra, la remoción o pérdida de las prendas, la disposición de la cosa comprada con reserva de dominio”; El Dr. Walter Guerrero Vivanco: “la falsedad de instrumento público, la quiebra y la insolvencia, con los casos relacionados con las prendas y el rapto seguido de matrimonio”; El Dr. Aníbal Guzmán: “la falsedad de instrumento público, la insolvencia, el rapto y las prendas”; como apreciamos los maestros penalistas de nuestro medio, en sus obras han tratado de suplir la deficiencia Legislativa, que se mantiene hasta la presente, para señalar los casos de eventos prejudiciales, a los que ahora habría que aumentar el acto colusorio, la malicia y temeridad, que también deben ser considerados como casos de Prejudicialidad, pero a pesar de dicha enumeración, ninguno de los tratadistas in-

dica cuáles son los casos “expresamente señalados por la ley” como lo expresa el Adjetivo Penal, ya que sabemos que ninguna ley los identifica en forma directa y clara.

Es precisamente, la indebida utilización de la prejudicialidad, originada por la oscuridad de la norma procesal, la que ha provocado errores judiciales, que han causado perjuicio a los litigantes y con ello inseguridad jurídica; ya que habiéndose iniciado la investigación Fiscal, por uno de los casos que concita el mayor problema, como es el delito de “falsedad en documento público”, muchos operadores de justicia, confundiendo el tipo de falsedad, la han aplicado equivocadamente, unas veces iniciando el proceso penal, cuando en realidad existe el impedimento y otras veces, remitiendo el expediente al juez civil cuando no corresponde, precisamente porque no han logrado establecer en la práctica, que únicamente la falsedad material en documento público es prejudicial y no las que corresponden a falsedades ideológicas o ideal, que por su naturaleza no impiden, ni suspenden, el ejercicio de la acción penal.

Por norma general, ante un evento delictivo de acción pública, es la Fiscalía General del Estado, la que debe iniciar la acción penal, pero tratándose de la falsedad material en documento público, se encuentra ante un impedimento superable al ejercicio de la acción, cuya resolución depende del pronunciamiento de otra vía jurisdiccional de carácter civil, que en sentencia ejecutoriada, lo declare falso; porque de no existir dicha resolución civil, el Fiscal no podrá en forma perpetua iniciar o continuar la acción penal; existiendo según la doctrina la “prejudicialidad a la acción” que impide ejercerla; pero si surge dentro del proceso, se la conoce como “prejudicialidad a la sentencia”, que impide culminar la causa penal.

El maestro Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su Obra El Proceso Penal, Tomo I., indica que nuestra legislación procesal penal para instituir la prejudicialidad, adoptó el sistema de “separación jurisdiccional relativa obligatoria”, aunque señala que existen varios sistemas de carácter doctrinario que operan para la aplicación de la prejudicialidad, siendo estos: “a) El **“imperio de**

**la jurisdicción penal**", donde que el juez competente en lo penal, es también competente para conocer y resolver la cuestión civil. Los defensores de esta tesis sostienen, que la jurisdicción es una sola y los jueces civiles o penales, son titulares de los órganos jurisdiccionales y si el asunto se refiere de manera directa a la materia civil con la penal, el juez penal debe también conocer el asunto conexo civil en vía de incidente; b) La **"separación jurisdiccional absoluta"**, considerando que el Estado ha dividido los órganos jurisdiccionales en razón de la materia, creando unos para atender asuntos civiles, y otros, para atender asuntos penales, esta división debe respetarse y mantenerse, ya que si el asunto prejudicial es civil, debe ser resuelto por el juez civil, a fin de no entorpecer la armonía de los organismos jurisdiccionales; c) La **"separación jurisdiccional relativa"**, sosteniendo que si bien debe mantenerse la separación de jurisdicciones, esta separación sólo debe producirse en los casos expresamente previstos por la ley y cuando el caso, no está previamente señalado por la ley, entonces debe ser competente el propio juez penal; d) La **"separación jurisdiccional relativa obligatoria"**, como ocurre en nuestro ordenamiento penal, cuando él envío de la cuestión prejudicial es obligatorio para el juez; y, e) La **"separación jurisdiccional relativa facultativa"**, cuando el envío queda supeditado al criterio del juez penal, a su voluntad, si lo cree conveniente resuelve él mismo, de lo contrario lo remite al juez civil."

Doctrinariamente la Prejudicialidad, es todo problema de naturaleza extrapenal, que requiere el esclarecimiento en otra vía, que establezca el carácter delictuoso y para establecerlo correctamente, es preciso dilucidar la problemática, aclarando que existen tres tipos de falsedades en documento público, como son: material, ideológica y la ideal que se sub-clasifica en falsificación y forjadura.

La **"Falsedad Material"** es aquella que, "en el documento", se altera la verdad, cuando está íntegramente formado y el falsario borra, suplanta, incorpora, establece firmas falsas; notándose que se utiliza la preposición de lugar **"en"**, es decir sobre el documento; éste ya está elaborado, está previamente escrito y el autor sobre la escritura

borra la fecha, poniéndole otra, borra el nombre y coloca otro; borra el texto y lo cambia por otro, todo ello corresponde a la falsedad material, porque actúa sobre lo genuino y auténtico, otorgado con anterioridad.

La falsedad material, también llamada "Real", se exterioriza cuando se altera uno verdadero; y, puede presentarse en un documento público, como en uno privado, mediante dos modalidades genéricas: **a)** por la creación total o parcial de un segmento del documento, que atañe al contenido, como a la firma del mismo; y, **b)** por la adulteración, también total o parcial, de un documento legítimo; es decir que la falsedad material se presenta "cuando la mutación de la verdad recae materialmente sobre la escritura o cuando es susceptible de comprobación mediante pericia material".

La **"Falsedad Ideológica"**, es aquella donde se suplanta la verdad en el momento de la formación del documento, el documento no está terminado, se está formando y el otorgante dice una cosa y el autor de la redacción hace aparecer otra. Como ejemplo podemos citar: "el Notario está recibiendo las cláusulas orales que dicta el testador, se está redactando el testamento, pero el notario inserta una cláusula que no ha dicho el testador y sigue construyendo el documento, el otorgante no se da cuenta y suscribe la matriz del testamento...", es ahí cuando se produce la falsedad ideológica, porque lo falso no altera el documento, suplanta la verdad, está creando un hecho inexistente dentro del testamento, es decir, la falsedad ideológica es la suplantación de la verdad en la formación del documento.

La falsedad ideológica se presenta, cuando en un documento auténtico se consignan o insertan hechos o declaraciones falsas, el documento en su esencia es genuino, el texto es falso, constituyéndose en auténtico, porque quien solemniza su contenido es un funcionario público, en uso de sus atribuciones legales como lo es el Notario y solo se puede presentar este tipo de falsedades en documentos públicos, porque los documentos privados, son expedidos por particulares y no tienen potestad jurídica para dotarlos de autenticidad.

Para ratificar lo antes expresado, nos remitimos a la obra Falsedad Documental, Editorial Jurídica Bolivariano, año 2005. Pág. 77, citando al autor Nelson Hungría, cuando se refiere a la falsedad ideológica dice: *...“se habla de falsedad ideológica o intelectual, que es modalidad del “Falsum” documental, cuando la genuinidad formal del documento no corresponde a su veracidad intrínseca; el documento es genuino o materialmente verdadero, porque emana realmente de la persona que en él figura como autor o signatario, pero su contenido intelectual no expresa la verdad, porque la falsedad ideológica afecta solamente su ideación, el pensamiento que sus letras encierran”*.

La **“Falsedad ideal”**, es aquella en que se crea íntegramente el documento falso, mediante dos formas distintas: falsificando o forjando. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en la obra que hemos citado en este análisis, al referirse a la falsedad ideal, indica *...“es aquella por la cual el agente crea el instrumento mediante copia de un original preexistente, o forja íntegramente el instrumento, sin relación a modelo alguno; crea el documento tanto formal como intelectualmente, ya que no solo falsea el documento, sino que crea al otorgante del mismo”*.

Según la doctrina, la falsedad ideal, es la tercera especie de la falsedad en general, existiendo en este tipo también confusiones, porque muchos autores no le reconocen autonomía, ya que unos la incluyen en la falsedad material, mientras que otros la incluyen sitúan dentro de la falsedad ideológica; otros la consideran como falsedad mixta.

El ejemplo clásico, es cuando el individuo pone en el mercado billetes que no corresponden a los de libre circulación, haciendo todo lo posible por imitar el original, no lo altera, no está descomponiendo la verdad del billete en la que está constituido el original, el auténtico es el tipo, es el modelo para crear otro igual o parecido, no se toca el verdadero, no se lo tacha o borra cuando se lo está formando, se crea íntegramente el billete falso, imitando el original, sencillamente porque el billete falso nunca existió y es otro, que es obra íntegra del falsificador.

**Falsificación:** es el acto falsario por el cual la persona imita totalmente un documento original preexistente el que falsifica forja. **Forjadura:** Cuando el acto falsario consiste en fingir un documento, lo crea sin que exista modelo anterior, no existe el original, el individuo lo inventa, finge un instrumento, Para demostrarlo citaremos a manera de ejemplo: Un individuo para reunir los requisitos exigidos en un concurso público para acceder al cargo de ....., requiere un título de cuarto nivel y en su computadora, procede a crear un título de una Universidad extranjera, se inventa el nombre de ella, de los funcionarios que la suscriben y poniendo su nombre, certifica que ha adquirido el título académico de Magister en Derecho Penal y Criminología, imprime el título en cartulina a la que le pone color, con alegorías de una balanza de la justicia y lo suscribe inventando el nombre y cargo del funcionario, que tampoco existe el falsificador, no ha realizado el curso, no salió del país, ni concurrió a ninguna Universidad en el exterior; con ello, ha realizado una Falsedad Ideal por forjadura, el título es totalmente falso, su contenido es mendaz, es mentira, el documento es falso y por tanto no corresponde a un acto Prejudicial, cuyo ejercicio, no tiene ningún impedimento al ejercicio de la acción penal pública, por lo que la Fiscalía puede recurrir al Juez de Garantías Penales para iniciar directamente la acción.

Establecida la diferencia entre las distintas clases de falsedades en documento público, podemos afirmar, que la Falsedad Material en documento público, es el único caso de Prejudicialidad, donde se requiere previamente de la sentencia civil que lo declare falso, constituyendo un impedimento al ejercicio de la acción penal.

Las falsedades ideológicas o ideal, esta última subdividida en falsificación o forjadura, no corresponden a la cuestión prejudicial, en cuyos casos la Fiscalía no tiene el impedimento superable al ejercicio de la acción penal y por ende si puede ejercer la acción penal.

En la práctica, también se considera como un hecho prejudicial, cuando se acude directamente a la justicia civil para lograr la declaratoria de falsedad, en cuyo caso, lo falso puede presentarse

en cualquiera de sus tres formas; pero necesariamente cuando es material se lo hace al amparo del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, ya que ...*“Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales”*; siendo el único caso en que se puede comparar el falso con el verdadero porque en las otras formas no se lo puede hacer.

No se produce el evento prejudicial, en falsedades de documentos privados porque no es emitido por el funcionario competente y según muchos doctrinarios, el bien jurídico afectado por la falsedad, no solo es la fe pública como tradicionalmente lo conocíamos, sino que ahora sostienen varios tratadistas que también se lesiona la fe privada, la administración de justicia, la

dignidad, condición y estado de las personas, la salud de éstas, su seguridad, intimidad, propiedad, entre otros derechos y garantías que reconocen las leyes internas y los tratados internacionales; y, además ya no debemos referirnos como instrumento público, sino simplemente como documento, porque este es el genero, que comprende el instrumento que es la especie.

Como podemos apreciar, el tema es interesante, amplio y con varias aristas que analizar, ya que sin lugar a dudas su aplicación ha causado y seguirá generando dudas, porque la disposición del artículo 40 del actual adjetivo penal, se mantiene igual en el proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, que está en formación en la Asamblea Nacional, continuando la oscuridad en la norma procesal, que impide la realización de la justicia.

## 1.1.2. La adicción a las Sustancias Estupefacientes y la respuesta no criminal del Estado.

**Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte**  
Juez Nacional de la Sala Penal,  
de la Corte Nacional de Justicia

1.- En el Ecuador las primeras leyes sobre estupefacientes establecían que el juzgamiento de las infracciones relacionadas con la materia sean conocidas y juzgadas por las autoridades sanitarias, así lo decía la *Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes*, publicada en el Registro Oficial 417 de 21 de enero de 1958<sup>1</sup>, reformada posteriormente por Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial 940,

octubre 10 de 1959, objeto de la Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial 1202, agosto 20 de 1960<sup>2</sup>, reformada por el Decreto Ley 643, publicado en el Registro Oficial 82, octubre 18 de 1963<sup>3</sup>.

En el Decreto Supremo 1415 publicado en el Registro Oficial 161, enero 23 de 1964<sup>4</sup>, se dispuso que en esta materia las infracciones sean

<sup>1</sup> Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes “Art. 42.- El juzgamiento de las infracciones de esta Ley corresponde privativamente a las autoridades sanitarias...”

“Art. 43.- Las infracciones de esta Ley serán juzgadas siguiendo el trámite establecido por el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de las contravenciones de cuarta clase. Para el juzgamiento de las infracciones establecidas en esta Ley actuarán como Jueces de primera instancia, los jefes provinciales de sanidad y de sus fallos se podrá apelar para ante el inspector técnico de la respectiva zona. Las contravenciones serán juzgadas y sancionadas por el Comisario de Sanidad respectivo, el cual también procederá al cobro por la coactiva tanto de las multas que él impusiere como de las impuestas por otras autoridades sanitarias.

Art. 45.- Las Juntas Provinciales de Asistencia Pública y los respectivos Subdirectores, así como los funcionarios de Sanidad, dentro de su jurisdicción, ejercerán la debida vigilancia para el cumplimiento de esta Ley...”

<sup>2</sup> Codificación de la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes publicada en el Suplemento del Registro Oficial 1202 de 20 de agosto de 1960

“Título V Del juzgamiento de las infracciones.

Art. 41- El juzgamiento de las infracciones de esta Ley, corresponde privativamente a las autoridades sanitarias del lugar en que se hubiere cometido la infracción...”

Art. 42.- Las infracciones de esta Ley serán juzgadas siguiendo el trámite establecido por el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de las contravenciones de cuarta clase

Para el juzgamiento de los delitos establecidos en esta Ley actuarán como jueces de primera instancia los jefes provinciales de sanidad y de sus fallos se podrá apelar para ante el inspector Técnico de la respectiva zona.

Las contravenciones que se determinarán en el Reglamento dictado por el Presidente de la República, serán juzgadas y sancionadas por el Comisario de Sanidad respectivo, el cual también procederá al cobro, por la coactiva, tanto de las multas que él impusiere como de las impuestas por otras autoridades sanitarias.

Art. 45.- Las Juntas Provinciales de Asistencia Social y los respectivos Subdirectores, así como los funcionarios de Sanidad, dentro de su jurisdicción, ejercerán la debida vigilancia para el cumplimiento de esta Ley...”

<sup>3</sup> Decreto Ley 643 publicado en el Registro Oficial N° 82 de 18 de octubre de 1963 (Reforma a Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes)

Art. 1- Después del inciso segundo del Art. 42 de la mencionada Ley, añádase un inciso que diga “En las provincias en donde el Jefe Provincial de Sanidad fuere a la vez Inspector Técnico de Zona, el juzgamiento de estos delitos, en segunda instancia, estará a cargo del Director General de Sanidad”.

<sup>4</sup> Decreto Supremo 1415 publicado en el Registro Oficial 161 de 23 de enero de 1964 (Reforma a Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes)

juzgadas por los jueces del crimen con apelación a la Corte Superior acorde al juicio para delitos sancionados con prisión en régimen penal general.

La Convención Única Sobre Estupefacientes, suscrita en Nueva York el 31 de marzo de 1961, a la que se adhirió el Ecuador mediante Decreto Supremo 1153 publicado en el Registro Oficial 320, agosto 27 de 1964, configuró a las infracciones sobre estupefacientes como graves por lo que merecían una sanción adecuada cuya persecución se reserva a la legislación interna.

El Convenio Sobre Sustancias Estupefacientes adoptado en Viena el 21 de febrero de 1971, al cual se adhirió el Ecuador mediante Decreto Supremo 776-C, publicado en el Registro Oficial 345, julio 10 de 1973, cuyo texto se promulgó en el Registro Oficial 404, octubre 3 de 1973, estableció como medida la represión de los actos contrarios a las leyes adoptadas para cumplir esta obligación internacional, reiterando que las infracciones en esta materia se constituyen en delitos graves que deben sancionarse de forma adecuada y perseguidos de conformidad con la legislación nacional, requiriendo el establecimiento de organismos nacionales para la coordinación transnacional en el asunto, e incorporando el ámbito de la educación, tratamiento y rehabilitación en la materia estableciendo:

“1 a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de

privación de libertad.

b) No obstante, cuando las personas que hagan uso de sustancias sicotrópicas hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlos culpables o de sancionarlos penalmente, o además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, pos tratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20.”

Fue la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, promulgada mediante Decreto Supremo 366, publicada en el Registro Oficial 105, noviembre 23 de 1970 y su reforma mediante Decreto Ley 26, publicado en el Registro Oficial 139, enero 12 de 1971, la que tipificó a las infracciones sobre la materia como delitos susceptibles de prisión o reclusión (entre ellas el tráfico ilícito con reclusión de 8 a 12 años).

Esta norma fue reformada en varias ocasiones hasta que se promulgó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el Registro Oficial 523, septiembre 17 de 1990<sup>5</sup> que también fue sometida a varias reformas: mediante Ley 04 Reformativa al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 22, septiembre 9 de 1992, Ley 52, publicada en Suplemento del Registro Oficial 439, mayo 12 de 1994, Ley 25 publicada en el Suplemento de Registro Oficial 173, octubre 15 de 1997, Ley 44 publicada en el Registro Oficial 218, diciembre 18 de 1997.

La Resolución 119-1-97 del Tribunal Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial 222 de 24 de diciembre de 1997, con respecto a las reformas de ese mismo año, y en concreto sobre el artículo 65<sup>6</sup>, disminución de penas por tenencia para uso personal, señaló:

Art. 11.- El Art. 42 dirá: “Para el juzgamiento de todas las infracciones establecidas en esta Ley. Actuarán como jueces de primera instancia los Jueces del Crimen, y de sus fallos se podrá apelar ante la Corte Superior del respectivo Distrito, siendo su resolución inapelable

Art. 12.- Las infracciones establecidas en esta Ley serán juzgadas siguiendo las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, debiendo utilizarse el trámite de los juicios reprimidos con prisión, en la etapa correspondiente al plenario.

<sup>5</sup> Informe sobre Ecuador “Reforma sobre Legislación de Drogas en Ecuador: Generando Impulso para un Enfoque Más Efectivo, Balanceado y Realista” Por Sandra G. Edwards and Coletta A. Youngers. Mayo de 2010 “En 1995, el Colectivo de Abogados, una coalición de abogados en derecho civil y penal, presentó una Acción de Amparo ante la Corte Suprema de Ecuador, cuestionando aquellos aspectos de la Ley 108 que consideraban inconstitucionales.... Los hallazgos del Colectivo fueron publicados en el informe del Colectivo de Abogados, *Por los Derechos de las Personas*, 1995” <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/Ecuador-informeWOLA.pdf>

<sup>6</sup> “Art. 65.- Disminución de penas por tenencia para uso personal.- La sanción será un mes a dos años de prisión cuando, por la escasa cantidad y demás circunstancias de la tenencia de sustancias sujetas a fiscalización, se colija que ella están destinadas a uso personal inmediato del tenedor.

“SÉPTIMO.- El artículo 30 de la Ley, también impugnado, lo mismo que el artículo 32, párrafo segundo y artículo 65, ya fueron conocidos y reformados por el artículo 11 de la Ley Reformativa a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas promulgada en el Registro Oficial N° 173 de octubre 15 de 1997; al despenalizar la posesión de estupefacientes para consumo a los narco-dependientes, dice: “Esta norma legal no comprende a los narco dependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes o Psicotrópicas destinadas para su propio consumo”. Estas personas serán consideradas enfermas y sometidas a tratamiento de rehabilitación: Podría afirmarse que no es constitucional el término “sometidas”, usado en la mencionada reforma, es decir el que obligatoriamente los narcodependientes o consumidores deban ser obligados contra su voluntad a un tratamiento de rehabilitación, se pretende considerar como atentatorio a la libertad y seguridad personales ...pero frente a ello está el derecho a la salud individual y colectiva de los ecuatorianos...”

Luego la Corte Suprema de Justicia entendió que “...las resoluciones judiciales tienen que adoptarse por caso y cada juez exigirá el peritaje de los médicos legislas de la Procuraduría General del Estado en armonía con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 65 antes referido...”<sup>7</sup>.

2.- En la actualidad el debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal coloca la cuestión sobre el estatus jurídico que tendrían las drogas ilícitas en el nuevo cuerpo legal, en la agenda de la opinión pública del Ecuador.

La “legalización” de su consumo parece ser uno de los consensos alcanzados, a partir de “una” lectura de la Constitución de la República del 2008. Sin embargo el aparente acuerdo social no encuentra una adecuada transcripción al

momento de legislar, especialmente en el ámbito penal.

El proyecto penal en la sección denominada “Delitos por la producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización” indica en el artículo 201 que:

- 1.- No será punible la tenencia o posesión de cualquier droga cuando:
  - a.- su destino sea el exclusivo consumo personal y
  - b.- no exceda de la dosis o cantidad determinadas
- 2.- La dosis o cantidad toleradas están señaladas en una tabla de la siguiente manera:
  - Marihuana o hachís hasta 10 gramos.
  - Pasta base de cocaína 2 gramos
  - Clorhidrato de cocaína 1 gramo.
  - Diacetilmorfina o Heroína hasta 0.1 gramos.
  - MDA, MDMA 0,015 gramos
  - Anfetaminas 0.040 gramos

3.- Las dosis o cantidades de las drogas no señaladas en la tabla que son para uso personal se determinarán en la ley, de acuerdo a la normatividad nacional e instrumentos internacionales.

Con esta regulación se pretende proteger a la persona adicta y cumplir con el mandato constitucional 364.

En el artículo 364 de la Constitución de la República se identifican los siguientes preceptos:

- a. Las adicciones son un problema de salud pública,
- b. Al Estado le corresponde desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas,
- c. El Estado debe ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos,
- d. Las adicciones no deberán ser criminalizadas ni se vulnerarán derechos constitucionales,

En este caso, comprobada su dependencia física o psíquica de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previo informe de los Médicos Legislas de la Procuraduría General del Estado, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someter al culpable a medidas de seguridad curativa, por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.

La disminución o sustitución de penas previstas en este artículo, se aplicará siempre que el juez comprobare que el implicado no tiene antecedentes de traficante de sustancias sujetas a fiscalización, y demostrare buena conducta anterior y ejemplar comportamiento en el centro de detención”

<sup>7</sup> Resolución de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador publicada en el Registro Oficial 244 de 27 de enero de 1998.

e. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.

En el artículo propuesto identificamos varios problemas por los cuales el proyecto penal no desarrolla de manera correcta el mandato constitucional:

i.- La Constitución indica que las adicciones son un PROBLEMA que ataca a la salud, no un TEMA. La salud de acuerdo a dicha normativa fundamental es parte del bloque de derechos para el buen vivir<sup>8</sup> por lo que la adicción es una condición que afecta el buen vivir de quien la padece, que podría ser niña, niño, adolescente, adulto o adulta. El Estado por tanto está obligado a restituir el derecho vulnerado y a reparar integralmente a la persona afectada.

De acuerdo al artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos.

Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el que "...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...". Sentencia de la Corte Constitucional N° 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 01 de junio de 2009.

La reparación integral en un Estado de derechos debe ser material e íntegra. La Corte Constitucional en la Sentencia N° 0015-09-S1S-CC del CASO N° 0027-09-IS dijo:

"Para esta Corte, la reparación integral debe ser justiciable y exigible para que los derechos contenidos en la Constitución no se conviertan en simples enunciados normativos, pues no basta el reconocimiento de estos derechos en la Carta Magna, al contrario el Estado, por medio de la Constitución, debe plantear los medios reales para hacerlos exigibles y justiciables, logrando entonces impartir realmente una tutela efectiva y haciendo de la reparación un condicionamiento obligatorio del Estado para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos. Así, el incumplimiento de los recursos primarios da paso a que existan garantías secundarias y que éstas actúen para que sus disposiciones sean observadas, por lo que la obligación Estatal no se limita a remediar el daño inmediato al contrario, debe reparar el daño íntegro, incluso aquellos que no forman parte de la pretensión del accionante, pero que se deslindan a partir de la violación del derecho constitucional.

La reparación integral debe cumplir, entonces, con los principios de eficacia, eficiencia y rapidez; es además proporcional y suficiente para lograr el cometido anhelado, es decir, reparar el daño generado por la violación de un derecho constitucional y evitar su repetición. La reparación integral también debe cuidar y evitar que los medios de reparación puedan incurrir en los mismos hechos que degeneraron en la situación de vulneración del derecho en cuestión, lo que presupone una manera para impedir que esos hechos vuelvan a ocurrir..."

Desde el Estado la reparación integral al derecho a la salud de quienes padecen adicciones deviene en programas de rehabilitación<sup>9</sup>, y de

<sup>8</sup> Una forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza que garantiza: agua y alimentación; ambiente sano; comunicación e información; cultura y ciencia; educación; hábitat y vivienda; salud; trabajo y seguridad social; Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: ...5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

<sup>9</sup> "Art. 359.- El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social."

ninguna manera puede involucrar medidas que mantengan esa afectación.

Cuando se plantea un PROBLEMA se implica una SOLUCION la cual, en el presente caso, es que el Estado brinde programas de tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos, lo que significa no una inacción tolerante del Estado sino una acción que restaure el derecho a la salud y que no sea por consiguiente criminalizante. El Ecuador en su Constitución no apuesta al consumo en condiciones jurídicamente seguras sino a la rehabilitación. El consumo debe ser “curado” y no asegurado por el Estado.

“Las drogas ilícitas alimentan la delincuencia y la inseguridad al tiempo que socavan los derechos humanos y plantean riesgos considerables para la salud pública: ‘La heroína, la cocaína y otras drogas siguen matando a unas 200.000 personas al año, destruyen familias y causan sufrimiento a otros miles de personas, crean inseguridad y contribuyen a la propagación del VIH’, señaló el Sr. Fedotov al presentar el Informe Mundial sobre las Drogas 2012, publicación insignia de la Oficina de las Naciones Unidas contra el Crimen, ante la Asamblea General.

‘Es preciso reconocer que los aspectos de salud pública de la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y la reinserción son elementos primordiales de la estrategia mundial para reducir la demanda de drogas’, dijo el Director Ejecutivo a la Asamblea General, que se reunió hoy con ocasión del Día Internacional de la lucha contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas.”<sup>10</sup>

Por eso el esfuerzo del Ecuador de construir espacios de lucha conjunta contra la droga y contrarrestar coordinadamente sus efectos se ha reflejado en la firma de convenios de cooperación internacional, al respecto la Corte Constitucional para el período de Transición al revisar el “Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela en materia de prevención del consumo indebido, la

represión del tráfico ilícito de drogas y el desarrollo alternativo preventivo” dijo:

“El artículo I establece el objeto del Convenio. En lo fundamental, se promueve la cooperación en materia de prevención, tratamiento y rehabilitación del consumo indebido de drogas, así como se incentiva la reinserción social del individuo rehabilitado y se establecen mecanismos de cooperación para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas. Toda la cooperación se construye sobre la base de los principios de igualdad, soberanía, respeto mutuo, responsabilidad compartida y reciprocidad. Estos objetivos, a juicio de la Corte, guardan armonía con lo previsto en los artículos 32, 46, numeral 5, 358, 359, 363, numeral 1 y 364 de la Constitución.”

ii.- El Ecuador es parte activa de la lucha mundial contra el narcotráfico, catalogado como un crimen de lesa humanidad, por lo tanto sus efectos no pueden ser aminorados ni la respuesta estatal minimizada. La Corte Constitucional en Sentencia N° 001-12-SCN-CC del 5 de enero del 2012, en el Caso No. 0023-09-CN ha dicho:

“...la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008, en el artículo 76 numeral 3 parte final dispone: “la observancia del trámite propio de cada procedimiento” y en el artículo 393 establece: “El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno”; y en este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en las Sentencias 002-10-SCN-CC y 028-10-SCN-CC ha catalogado al narcotráfico como un delito de lesa humanidad, cuya comisión debe ser evitada a fin de aminorar sus impactos negativos en

<sup>10</sup> <http://www.unodc.org/unodc/es/press/releases/2012/June/unodc-chief-calls-for-health-development-and-rights-based-approach-to-drug-problem.html>

la sociedad, a través de las medidas jurídicas pertinentes en salvaguarda del buen vivir y el interés general.”

Es claro que al tratar el consumo como un problema de salud pública la Constitución no determina que los eslabones anteriores a este dejen de ser un delito<sup>11</sup> que conlleva intereses económicos, violencia, atenta contra la seguridad y la democracia.

La Corte Constitucional para el periodo de Transición determinó el 5 de enero del 2012 en Sentencia N° 001-12-SCN-CC en el Caso N° 0023-09-CN lo siguiente:

“Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia N° 002-10-SCN-CC del 14 de febrero del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 159 del 26 de marzo del 2010, replicada en la Sentencia N° 028-10-SCN-CC del 14 de octubre del 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 319 del 12 de noviembre del 2010, ha señalado sobre el tema que: “delitos de narcotráfico, que por sus connotaciones negativas han sido catalogados como delitos de lesa humanidad, lo cual ha promovido a nivel internacional la adopción de medidas jurídicas, entre otras, con el fin de evitar en alguna medida su propagación. Esto precisamente, exige de la Corte Constitucional, en salvaguarda del interés general y el buen vivir que establece en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador... El CONSEP, a través de su Secretario Ejecutivo, a propósito del narcotráfico, ha expresado que: “...la organización delictiva del narcotráfico entre otros efectos negativos, genera grandes rendimientos financieros y fortunas ilegítimas, cuyos tentáculos son casi incontrolables y no respetan gobiernos, constituciones, convenciones, tratados, leyes, ideologías ni principios sociales, permitiéndose contaminar y corromper las estructuras del Estado...” (...) En definitiva, es obligación del Estado garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes,

promueve e impulsa el narcotráfico...”

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-491-12 de 28 de junio de 2012 sobre la exclusión de la penalización del porte o conservación de dosis destinada al consumo personal determinó que “el bien jurídico que se protege con la penalización de las conductas constitutivas de narcotráfico está constituido no solamente por la salubridad pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social. Concluyendo que el porte o conservación de estupefaciente en dosis considerada para el consumo personal, no reviste la idoneidad para afectar este bien jurídico complejo, en la medida en que se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo y por ende, carece de la potencialidad de interferir en los derechos ajenos, o en los bienes jurídicos valiosos para la vida en comunidad.”

La interrogante sería, siendo la adicción un problema de salud pública, quién debe determinar la dosis para consumo personal, el legislador, un juez o un médico? Establecer un catálogo legal de cantidades de estupefacientes a ser consideradas como dosis de consumo personal es desconocer el mismo proceso de adicción que requiere de cantidades crecientes y continuas.

iii.- La proposición del proyecto del Código Orgánico Integral Penal, es ésta:

Artículo 201.- Dosis máxima de consumo personal.- No será punible la tenencia o posesión de cualquier droga cuando su destino sea para el exclusivo consumo personal y su cantidad no exceda de una la siguiente dosis:

1. *Marihuana o hachís hasta 10 gramos.*
2. *Pasta base de cocaína 2 gramos*
3. *Clorhidrato de cocaína 1 gramo.*
4. *Diacetilmorfina o Heroína hasta 0.1 gramos.*
5. *MDA, MDMA 0,015 gramos*
6. *Anfetaminas 0.040 gramos.*

*La dosis o cantidad de consumo de las*

<sup>11</sup> En ocasiones local, en otra transnacional e inclusive global

*sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y reactivos o principios químicos sujetas a fiscalización no descritas en este artículo deberán ser determinadas por ley, de conformidad con la normativa nacional de la materia y los instrumentos internacionales al respecto.*

**De la cual se desprende:**

- a.- No se ha legalizado el consumo de drogas, se lo sustrae de la punición. Es diferente afirmar “No hay infracción” a “no será punible” esto porque el mismo proyecto en su propuesta de artículo 20 dice: “Infracción penal.- Infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable.” Lo que significa que el porte de drogas para consumo personal es infracción pero no se la pune.
- b.- No se distingue entre personas tenedoras y poseedoras por su edad, claro está que las niñas, niños no están sometidos al régimen penal, pero sí los y las adolescentes, las y los adultos, pero este “derecho” comprenderá también a quienes no han llegado a los doce años de edad.
- c.- Quienes siendo consumidoras y consumidores rebasen los límites aunque sea por un mínimo, no se benefician de este escudo legal, lo cual es discriminatorio.
- d.- Es factible para una persona portar todas las drogas del cuadro.
- e.- No resuelve la propuesta la incógnita ¿Quién provee al consumidor? Es evidente que no podría hacerlo el Estado, sus compromisos internacionales, su declaración de lucha contra las drogas y el reconocimiento del problema como de lesa humanidad, se lo impiden. Por las mismas razones tampoco cabría que el

Estado extienda licencia a terceros para tal negocio<sup>12</sup>, ni que una(s) o un(os) socio(s) del Estado con suficiente poder económico se dedique(n) a la siembra, cultivo, cosecha, industrialización, venta de tales productos sea o no nacional, aunque tributen, y tampoco aparecen regulaciones sobre un término de consumo seguro a nivel nacional e internacional: por puertos, aeropuertos, terminales terrestres. Ni se prevén reformas laborales que permitan a los trabajadores, obreros, funcionarios públicos el porte de drogas y espacios para su consumo, ni los riesgos laborales que tal estado representa.

No se refiere la propuesta al impacto de esta permisividad en la educación. No emite ninguna regulación que impedirá la estigmatización, el hostigamiento, la persecución a los consumidores identificados; como tampoco ninguna medida de curación.

f.- Se advierte que en la práctica el “pitufeo” con drogas más difícil de controlar.

iv.- El Código Penal ante una respuesta no penal, como en este caso, no puede establecer regulaciones, no puede regular la conducta del consumo mediante la determinación de cantidades de estupefacientes. En un cuerpo normativo en que se prohíbe mediante la imposición de sanciones no caben conductas que son permitidas, las que por su naturaleza deben estar en leyes como las referentes a salud. No cabe despenalizar el consumo mediante el Código Penal, el problema debe ser tratado y solucionado en la ley que garantiza el derecho a la salud.

<sup>12</sup> “En la actualidad, dieciséis de los cincuenta Estados de la Unión, así como la capital federal, Washington, han legalizado durante los últimos años el consumo de cannabis, pero únicamente con fines medicinales”. <http://www.abc.es/20110623/internacional/abcm-grupo-congresistas-quiere-legalizar-201106230042.html>. Por ejemplo “La Ley de Uso Compasivo de 2011 elimina las sanciones penales de Oklahoma para un paciente que “posee o cultiva la marihuana con fines médicos personales del paciente, previa recomendación escrita u oral o la aprobación de un médico.” <http://medicalmarijuana.procon.org>

### 1.1.3. Derechos de Víctimas: Negación del derecho de acceso a la justicia a víctimas de trata por explotación sexual.

Ab. Jenny J. Parrales P.,  
Ab. Consuelo Bowen M.

La *víctima* es la persona que sufre un daño generado por un acontecimiento de la naturaleza o por la conducta de otra persona y en ambos casos tiene derecho a recibir atención en los ámbitos público y privado<sup>13</sup>, es la respuesta justa que la Constitución prevé.

Quienes son víctimas por causas no delictivas, como un desastre natural<sup>14</sup>, reciben asistencia de manera casi directa e inmediata, es una expresión de justicia que se concreta en información, asistencia oportuna, protección, no revictimización, provisión de recursos, incluso, en determinadas condiciones para ello se aplican las facultades constitucionales del Presidente o Presidenta de la República previstas en los artículos 164, 389, y el artículo 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

Cabe indicar que la respuesta del Estado a las víctimas de acontecimientos naturales, va mediada incluso por parámetros técnicos de política pública, que permiten valorar los efectos más o menos gravosos de acuerdo a los sujetos afectados

por el mismo hecho, previendo que la exclusión anterior al desastre puede asentarse después de este, y aquello debe ser prevenido o atendido.

En todo caso la respuesta para estas víctimas es concreta, visible y restitutiva de derechos casi inmediata, positiva. Planteado así el tema parecería que al respecto no hay motivo de preocupación, ocupación, discusión, anomia, antinomia, falta de precedente ni de procedimiento.

Las dificultades surgen cuando se trata de víctimas de un delito y de víctimas de vulneraciones a sus derechos que pueden constituir un delito.

De acuerdo a la ***Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder***, de las Naciones Unidas<sup>15</sup>, primer párrafo, se entenderá por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de

<sup>13</sup> Constitución: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

<sup>14</sup> “Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado:....

12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.”

<sup>15</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

El Estado de manera discriminatoria forma grupos de víctimas de delitos y su reparación, de la mano con la cultura de “seguros” como medio protectivo:

i.- Quienes han contratado un seguro privado pueden obtener reparaciones que los cubra casi totalmente cuando se trata de daños materiales provenientes de delito como destrucción, hurto, robo.

No acceden a este beneficio quienes no están en posibilidad de contratar tales seguros.

ii.- Quienes han contratado seguros médicos pueden obtener reparaciones que les cubre casi totalmente en casos de daños físicos en casos de atentados contra la integridad como las lesiones.

Tampoco acceden a este beneficio quienes no están cubiertos por tales seguros, aunque la asistencia en hospitales públicos no les está negada.

iii.- Las víctimas de delitos contra la vida que contrataron seguros privados dejan a quienes son beneficiarios reparaciones materiales que pueden resultar importantes.

iv.- Las personas que están afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o sus familiares, reciben prestaciones de salud, económicas, relacionados a los dos casos anteriores.

v.- Las víctimas de infracciones de tránsito, a partir del año 2006, cuentan con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, (SOAT)<sup>16</sup> que “es un seguro que ampara a las personas víctimas de un accidente de tránsito, conforme las coberturas, condiciones y límites asegurados que se establecen en el Reglamento”<sup>17</sup> que se mantiene del Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, (FONSAT), este seguro es compatible con otros sean obligatorios o voluntarios y “cubre” a personas con relación a accidentes de tránsito, salud o medicina prepagada los cuales se aplicarán en exceso a las coberturas del SOAT.

Las coberturas del SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito) son:

- Gastos médicos, hasta USD 2.500 por víctima y por evento
- Gastos para traslado de heridos, entiéndase ambulancias, hasta USD 50 por persona y por evento
- Indemnización por Incapacidad total y permanente, hasta USD 3.000 por víctima y por evento
- Indemnización por muerte, USD 5.000 por víctima
- Reembolso por gastos funerarios, hasta USD 400 por víctima

La tarifa de prestaciones médicas es regulada por el Ministerio de Salud Pública y de obligatoria utilización por los servicios médicos públicos y privados.

El SOAT no cubre daños materiales al propio vehículo o bienes propios así como daños materiales a bienes de terceras personas.

El FONSAT, garantiza la universalidad de la cobertura del SOAT, es responsable de las indemnizaciones y amparo para las víctimas de accidentes de tránsito ocurridos bajo las siguientes circunstancias:

- Víctimas de vehículos fantasmas
- Víctimas de vehículos asegurados pero que al momento del accidente no tenían contratado el seguro.

Este sistema garantiza a los servicios de salud, públicos o privados, que alguien dentro del Sistema SOAT pagará por los servicios médicos que se brinden a las víctimas, ya que aquellas personas afectadas por algún vehículo asegurado, serán indemnizadas por el seguro de tal automotor y su aseguradora. Las coberturas que garantiza el FONSAT son iguales a las de las empresas de seguros.

Las personas que son víctimas de delitos a los cuales no cubre un seguro privado ni las asistencias públicas ni del IESS, ni del SOAT no solo están excluidas de ser protegidas sino revictimizadas.

<sup>16</sup> Artículo 215 y siguientes de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

<sup>17</sup> Artículo 217 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Pensemos en la empresa multinacional que es víctima de un robo de mercancías, aplica su seguro y recupera el monto sustraído, paga el porcentaje deducible, y no queda expuesta a desaparecer por quiebra.

La anciana que vende comida por las noches en la acera de un parque y que no está cubierta por un seguro privado, es víctima de un robo, está condenada a perder un medio de subsistencia y quizá a morir.

Quienes reciben pagos indemnizatorios de compañías aseguradoras por daños causados por delitos tendrán poco interés en la acción penal y hasta es posible que esta parte de la actividad estatal no les interese y de hecho no cooperen con la actividad investigativa y persecutoria en contra del delincuente, si llega a ser identificado.

De hecho al tratarse de accidentes de tránsito hay ocasiones en que la víctima cobra el SOAT y recibe reparaciones desde el causante según lo previsto en el artículo 156 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial con lo que se separa de la causa y permite la rebaja de pena de hasta el 40% según el artículo 120 de la misma ley<sup>18</sup>.

Hay delitos que no son susceptibles -ahora- de reparación por medio de seguros privados (violación sexual) o de recibir reparación estatal aunque el perjudicado esté afiliado al IESS (un robo).

Al ingresar al sistema de justicia ordinario las víctimas pueden protegerse en instrumentos como la Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano específicamente en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles (apartados 23 a 24), las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11/90 sobre "Excepciones al agotamiento de los recursos internos" (Párrafos 17 a 23), la Constitución ecuatoriana (Art. 1, 35, 75, 78); Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencias de la Corte Constitucional para el período de Transición.

El derecho de las víctimas de acceder a la justicia<sup>19</sup> como parte de la protección debida de acuerdo a la Constitución vigente no se discute puesto que al tratarse de un derecho humano su aplicación es directa, inmediata, ante y por cualquier funcionario administrativo o judicial<sup>20</sup>.

Para las víctimas de delitos, este derecho en general comprende:

- Respeto a la dignidad
- Conocimiento de la verdad
- Asistencia gratuita
- Protección integral
- No revictimización
- No repetición

<sup>18</sup> Artículo 120 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial: Art. 120.- Se consideran circunstancias atenuantes:

a) El auxilio y la ayuda inmediata proporcionada a las víctimas del accidente;

b) La oportuna y espontánea reparación de los daños y perjuicios causados, efectuada hasta antes de declararse instalada la audiencia de juicio;

c) Dar aviso a la autoridad; y,

d) El haber observado respeto para las autoridades y agentes de tránsito, y el acatamiento a sus disposiciones.

Serán consideradas también como circunstancias atenuantes las previstas en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 del artículo 29 del Código Penal.

La circunstancia anotada en el literal b) del presente artículo posee el carácter de atenuante trascendental, por tal motivo, su sola presencia permitirá dar lugar a la rebaja de hasta el 40% de la pena establecida, así no concurren otras atenuantes o incluso exista una agravante.

<sup>19</sup> Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

<sup>20</sup> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

- Plazo razonable
- Utilización de mecanismos alternativos para solución de controversias
- Eficiencia, eficacia
- Tutela
- Reparación integral (material-inmaterial).

Quienes son víctimas de vulneraciones de derechos que pueden constituir un delito no reciben asistencia estatal y no estatal de manera directa e inmediata, tampoco están en posibilidad de ingresar su caso al sistema de justicia ordinario por sí mismas, deben esperar que un tercero en nombre del Estado decida “ejercer la titularidad de la acción” y luego logre “ganar el juicio” entonces -y recién entonces- podrían ver concretarse su derecho de acceso a la justicia.

En los últimos meses el Presidente de la República ha invertido esta situación, al menos en un caso, el de una niña de seis años que fue violada sexualmente y asesinada por el violador, su familia, para que no sufra la revictimización diaria de vivir en una casa asentada a poco metros de donde ocurrió el delito, recibió una vivienda en otro sector<sup>21</sup>. Esta acción del Ec. Correa debe ser considerada como otra manera de aplicar justicia para las víctimas de delitos: directa y sin depender de la condena al responsable, como lo establece la Constitución en su artículo 1.

Esta situación no se aplica a las víctimas de trata. Conocida como la “esclavitud moderna” ha sido repudiada a nivel mundial, combatida por la legislación internacional y nacional. Ninguna organización internacional, Estado ni organización civil ha logrado datos exactos sobre el número de víctimas de trata, pues al constituir un delito globalizado<sup>22</sup> es imposible su identificación, así

como tampoco de los ingresos que anualmente reciben los tratantes, por lo cual, las cifras de que se dispone son únicamente proyecciones.

La trata tiene tres formas: la explotación laboral, la extracción y comercio de órganos, la explotación sexual.

La explotación laboral comprende muchas modalidades que van desde la fachada inocente de la mendicidad -para terceros- fomentada en representaciones como la de la niña que “pide” porque debe cuidar de sus hermanos, a los que exhibe, o apoyada en el enfermo a quien no le permiten curar sus heridas para impresionar, hasta otras más crueles y peligrosas como las de los niños y niñas utilizadas en conflictos armados, o para delinquir; quizá, entre nosotros/as (en Ecuador), la más visible sea la mendicidad “por cuenta ajena” disfrazada bajo figuras de niños, niñas, adolescentes convertidos en “artistas populares”, en “beneficiarios” de fundaciones, centros de ayuda a abandonados, huérfanos, adictos, que se mantienen de “ayudas” recolectadas en calles, autobuses, la venta de tarjetas o de dulces con los que les mantienen sus “benefactores”.

Algunas de estas víctimas, las que están sometidas a mendicidad, actualmente acceden a la justicia en tanto el Estado ha diseñado e implementa actualmente una política pública<sup>23</sup> al respecto. No tienen igual situación las niñas y niños que trabajan en actividades como la construcción, y más excluidos están las y los niños que son forzados a vender drogas, o que son utilizados en otros delitos.

Por otra parte, en el Código del Trabajo encontramos regulaciones que “apoyan” la explotación laboral, aunque no constituyan trata:

<sup>21</sup> “M. A., madre de la pequeña “Patricia”, dijo sentirse contenta por la entrega de su vivienda, ya que son una familia de escasos recursos. Expresó su agradecimiento al Jefe de Estado por “ese sueño hecho realidad”. “Luego de la muerte de mi hija lo único que quería era salir de esa casa que me trae malos recuerdos. Ahora, gracias al Presidente, tenemos una vivienda digna”, manifestó. También piden ayuda para poner un negocio, ya que no desean regresar al lugar en donde trabajaron antes.” Diario el Telégrafo de jueves 24 de mayo de 2012. Edición electrónica.

<sup>22</sup> La “globalización” en términos económicos es un proceso generado por condiciones como la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías, especialmente a través del comercio y los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. Sin embargo aparejado a los aspectos positivos que puede traer la integración también vienen aspectos negativos como la delincuencia que más que transnacional, ahora se caracteriza por fronteras que se diluyen sin que pueda identificarse su lugar de origen.

<sup>23</sup> En el 2006 entró en vigencia el primer plan contra la trata de personas, explotación sexual y otras conductas delictivas, luego en el 2012 se actualiza dicho plan que se encuentra a cargo del Ministerio del Interior en coordinación con otras dependencias estatales. Por su naturaleza delictiva no se cuenta sino con aproximaciones sobre la prevalencia de la trata y la explotación sexual en el país.

**“Art. 266.-** No podrá retirarse inopinadamente.- El empleado doméstico no podrá retirarse inopinadamente si causa grave incomodidad o perjuicio al empleador. Estará en este caso obligado a permanecer en el servicio el tiempo necesario hasta que pueda ser remplazado, tiempo que no excederá de quince días, salvo que deje en su lugar otra persona aceptada por el empleador.

**Art. 267.-** Caso del fallecimiento del empleador.- Si falleciere el empleador se entenderá subsistir el contrato con los herederos. Estos no podrán hacerlo cesar sino en los casos que lo hubiere pedido el difunto.

**Art. 269.-** Descanso y vacaciones.- Los domésticos tienen derecho a un día de descanso cada dos semanas de servicio.

Los que hayan servido más de un año sin interrupción en una misma casa, tendrán derecho a una vacación anual de quince días, con remuneración íntegra.

El Código Penal y el peculado por utilización en beneficio propio o de terceras personas “cuando este signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público” (Art. 257-A). En este caso, la explotación laboral que deviene del abuso de poder, queda oculta tras la instrumentalización de la fuerza laboral como un bien público.

La trata por extracción de órganos ya no es delito, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, como Tejidos y Células (R.O. de 4 de marzo del 2011) la derogó en su Disposición Reformatoria “Tercera”, sustituyéndola por una figura que no describe la trata, disponiendo lo siguiente:

“Sustitúyase el artículo innumerado que consta el Capítulo agregado por la Ley 2005-2, promulgada en el Registro Oficial 45, de 23 de junio del 2005, por el siguiente:

“Artículo... (2) Quien traslade órganos, donantes, receptores, profesionales de la salud especializados en trasplantes, fuera de sus fronteras jurisdiccionales originales, con la finalidad de realizar uno o más trasplantes en la República del Ecuador, sin contar con la categoría de inmigrante en el país o con los permisos de la Autoridad Sanitaria Nacional, será reprimido con la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce (12) a dieciséis (16) años”

Nos ocuparemos a continuación de la trata por explotación sexual, cuyas víctimas no han podido materializar su derecho de acceso a la justicia. Sostenemos que en Ecuador las víctimas de trata por explotación sexual no han inaugurado su derecho de acceso a la justicia porque:

- a) La legislación internacional y nacional, sustantiva y procesal les es adversa, o insuficiente,
- b) Los funcionarios administrativos y judiciales no entendemos su situación y les negamos su derecho,
- c) Los tratantes han convertido al delito en parte del entorno diario y esto invisibiliza a víctimas y victimarios.

**a) La legislación internacional, así como la nacional, sea ésta constitucional, sustantiva y procesal es adversa, o insuficiente para que las víctimas de trata accedan a la justicia.**

La historia de los instrumentos internacionales contra la esclavitud y la trata es antigua<sup>24</sup>. Para el año 2000 la entrada en vigencia de la **Convención de las Naciones Unidas contra la**

<sup>24</sup> Algunos instrumentos sobre tal lucha son:

- La Convención sobre la esclavitud, de 1926
- El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1930
- El Acuerdo Internacional para la represión de la trata de blancas, del 18 de mayo de 1904, modificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948
- El Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948
- El Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947
- El Convenio relativo al trabajo forzoso y obligatorio, de 1930
- El Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de octubre de 1947

**delincuencia Organizada Transnacional**<sup>25</sup> brindaba un nuevo marco jurídico que se pensó sería eficaz para “prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”<sup>26</sup>, pues sus definiciones de grupo delictivo organizado, delito grave, la posibilidad de nuevas directrices para la cooperación internacional, el deber de adoptar medidas apropiadas para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención, se vieron como aplicables al tema de la trata por explotación sexual y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

El **Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños**, que complementa la mencionada Convención, se consideró el marco jurídico internacional que ingresaba a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y facilitaba la prevención, investigación y penalización del delito de trata por explotación sexual, la protección de las víctimas de esta forma de trata.

Sin embargo, el entendimiento de este Protocolo se obstaculizó cuando en la **“Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas que amplía la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”** emitida por la Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el crimen, al tratarse sobre las obligaciones específicas del Protocolo contra la trata de personas, se aconsejó que:

“37. Una vez acreditada la utilización del en-

gaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizar como defensa.”

“38. Los apartados c) y d) del artículo 3 del Protocolo reflejan el hecho de que no es necesario demostrar el empleo de medios vedados cuando los afectados son personas menores de 18 años. Por consiguiente, en un procedimiento en el que la víctima de la trata tenga menos de 18 años, la acusación solo deberá probar acciones como la captación o el transporte de un menor con fines de explotación.”

Entonces el “consentimiento” dado por una persona adulta para ser explotada en cualquier forma de trata y específicamente en explotación sexual le quitaría el carácter delictivo al acto y -a su vez- constituiría medio de defensa del tratante.

Este error de entendimiento del Protocolo constituye un serio obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas de trata.

Al amparo y para el desarrollo del Protocolo se generó en Ecuador una nueva “Ley reformativa al Código Penal que tipifica los delitos de la explotación sexual de los menores de edad”<sup>27</sup> que tiene errores de forma como su nombre mismo: “delitos de explotación sexual de los menores de edad”, como si los niños, niñas y adolescentes son quienes cometen los delitos cuando -en realidad- lo que se busca es protegerlos de los delitos; y errores de fondo como tipificar a cada forma de trata por separado y protegiendo diferentes derechos.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de diciembre de 1948
- El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949 (R.O. 773, 14 de febrero de 1979)
- El Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957 (R.O. 159, 17 de mayo de 1962)
- La Convención Americana de los Derechos Humanos (R.O. 801, 6 de agosto de 1984)
- La Convención Americana sobre los Derechos del Niño, de 1985 (R.O. 31, 22 de septiembre de 1992)
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (R.O. 69, 7 de noviembre de 2002, “Codificación” R.O. S. 153, 23 de noviembre de 2005)
- La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (R.O. 197, 24 de octubre de 2003)
- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000 (R.O. 246, 7 de enero de 2004)
- El Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999 (R.O. 366, 29 de junio de 2004)
- El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (R.O. 363, 24 de junio de 2004).

<sup>25</sup> Registro Oficial 363, 24 de junio de 2004

<sup>26</sup> Artículo 1 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (R.O. 197, 24 de octubre de 2003).

<sup>27</sup> Suplemento del Registro Oficial 45 del 23 de junio del 2005

A esto debe añadirse rezagos de legislación antigua que no ha sido superada, concretamente el Código Penal y la permanencia del escudo legal “proxenetismo” (artículos innumerados agregados a continuación del 520 por Ley 105, Registro Oficial, de 21 de julio de 1998.)<sup>28</sup>

La Constitución del 2008 (Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008) en su artículo 78 condiciona la existencia del derecho de protección especial, garantía de no revictimización, protección de cualquier amenaza en otra forma de intimidación, la adopción de mecanismos para una reparación integral que incluye sin dilaciones el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho, a que exista una INFRACCIÓN PENAL.

En sentido amplio hay infracción penal cuando el acto ha sido descrito en la ley, y se ha declarado a una persona responsable de la acción u omisión, en este caso la víctima es quien recibe el daño directo o indirecto, pues en la definición de víctima está el ofendido y su familia; o en ciertos casos los colectivos, nacionalidades, pueblos, comunas, comunidades.

Sin embargo el parágrafo 2 de la Declaración

sobre “*Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y el Abuso del Poder*”, de las Naciones Unidas, indica:

“2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

De acuerdo a la Constitución de la República en sus artículos 11.3 y 426 los operadores de la administración pública y de la administración de justicia en especial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

<sup>28</sup> CAPITULO III

DE LOS DELITOS DE PROXENETISMO Y CORRUPCION DE MENORES

Art. ...- El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos.

Art. ...- La pena será de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria, sin que opere la eximente del artículo anterior, cuando:

1. La víctima fuese menor de catorce años de edad;
2. Se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo;
3. La víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento;
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida;
5. La víctima se encuentra en situación de abandono o de extrema necesidad económica; y,
6. El autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.

Art. ...- Se impondrá pena de dos a cuatro años de prisión al que explotare la ganancia obtenida por una persona que ejerciere la prostitución.

Si la víctima fuese menor de catorce años, o descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o estuviese bajo su cuidado, la pena será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.

Art. ...- Se reputará como proxenetismo la conducta del que mediante seducción o engaño sustrajere a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales.

Art. ...- Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país o el traslado del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución.

Si mediare alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos anteriores la pena será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.

Art. ...- Será sancionado con pena de uno a tres años de prisión:

1. La exposición, venta o entrega a menores de catorce años de objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas obscenas, que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual; y,
2. El que incitare a un menor de catorce años a la ebriedad o la práctica de actos obscenos o le facilitare la entrada a los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos.

Además el Art. 417 de nuestra Constitución determina que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

Por lo tanto al ser **la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder** un instrumento de derechos humanos emanado por un organismo del cual el Ecuador es Estado parte, ésta debe ser tomada en su integralidad en tanto constituya un avance en relación a la protección constitucional, incluyendo el mencionado párrafo 2 que aclara el concepto de víctima ya consagrado en nuestra Constitución.

Este análisis es importante para las víctimas en general, lo que trasladado a la víctima de trata por explotación sexual, de no aplicarse en debida y constitucional forma la definición señalada, víctima será siempre y cuando una sentencia judicial así lo declare.

Los efectos negativos de esta consideración se reflejan en varios espacios:

- El descubrimiento de una víctima de trata por explotación sexual es una actividad investigativa, de cooperación entre Fiscalía y Policía. No hay descubrimiento de víctimas de trata por explotación sexual realizado por entidades civiles y que se quede en su ámbito, y como tal pueda entregar a la víctima en nombre del Estado, sus derechos, como en justicia se requiere y garantiza.
- Tampoco existe la posibilidad que un ente administrativo estatal descubra a la víctima de trata por explotación sexual y en tal condición pueda reconocer sus derechos, como en justicia se requiere y garantiza.
- La calificación de un caso como presunto delito de trata por explotación sexual antes del inicio del proceso, es un acto fiscal y de esta calificación depende que la víctima reciba asistencia, hospedaje, alimentación entre otros recursos de recuperación y de protección.

De manera tal que si la o el fiscal no procesa el caso como trata, se pone en riesgo inclusive la legalidad de las inversiones realizadas con anterioridad por los funcionarios de entes estatales.

El límite del artículo 78 de la Constitución está en considerar al sistema procesal como el único medio para llegar a la justicia, casi como si fuera sinónimo. Esto quizá porque de acuerdo al artículo constitucional 169: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.” Incluso el artículo 75 señala dentro de los derechos de protección el acceso a la justicia, atado a principios procesales y a la sanción en caso de incumplimiento de resoluciones judiciales.

En realidad, hace falta redefinir a la “justicia” de que trata el diseño constitucional del artículo 1:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”

Añadamos a esto la inactividad y la anomia respecto a desarrollar por lo menos las siguientes obligaciones constitucionales:

- La contenida en el artículo 66.29,b “Los derechos de libertad incluyen: b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.”
- El Art. 11.3 señala que el ejercicio de los derechos se regirá por principios, entre ellos, el que los derechos serán plenamente justiciables. “No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”
- La contenida en el artículo 81 “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o

defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.”

Estas omisiones respecto de políticas públicas y de legislación (parte o expresión de una política pública) determinan la imposibilidad de las víctimas de trata por explotación sexual de acceder a la justicia.

**b) Los funcionarios administrativos y judiciales no entendemos la situación de las víctimas de trata por explotación sexual y les negamos sus derechos.**

La persistencia de patrones socioculturales que normalizan la cosificación de las personas explica que:

- Existan los permisos administrativos para establecer lugares de explotación sexual como si fueran sitios de diversión, es decir la utilización de personas como medios de “esparcimiento”:

Las Intendencias de Policía otorgan permisos de operación de tales lugares.

Las dependencias de salud extienden certificados de operación de tales lugares.

Los GAD municipales dan permisos de habitabilidad de tales lugares, destacándose en este punto la ordenanza del GAD municipal de Quito que establece a “La Cantera” como exclusivo para la explotación sexual (Diario Hoy, 6 de mayo 2012, ‘Tatiana S., otra trabajadora sexual, lleva cinco años laborando en La Cantera. “Siempre será más seguro estar en un local’, señaló”)<sup>29</sup>.

- Existen operativos administrativos (Intendencias, comisarías) para controlar que lugares de explotación sexual “cumplan con la ley”, convirtiendo una vulneración de derechos en regulable y por la tanto aceptable bajo ciertas condiciones.
- Existen advertencias previas a sanciones administrativas a “propietarios” del lugar de explotación sexual, que ante la desobediencia se efectivizan con multas, clausuras temporales, hasta que se cumplan objetivos de “regu-

lación”. Ejemplo es el dato de prensa publicado en el Diario La Hora, pág. 15 del 12 de marzo del 2006, “...Prostíbulos fueron clausurados: Diez prostíbulos fueron clausurados ayer por parte de la Subintendencia de Policía por no cumplir con las normativas de higiene, seguridad contra incendios (no tenían extintor) y porque las trabajadoras sexuales no tenían carnet profiláctico... Arce recordó a los propietarios de este tipo de locales que deben cumplir con los horarios porque ellos van a realizar un control continuo de todos los bares y prostíbulos debido a la inseguridad que se vive actualmente en el cantón... Los centros de diversión nocturna no deben tener menores de edad trabajando y que las mujeres que están allí deben tener carnet profiláctico...”

- Estas actividades reglamentarias terminan por convertir en socialmente aceptable y legalizan la trata por explotación sexual y en consecuencia constituyen obstáculos para que las víctimas accedan a su derecho a la justicia.

La administración de justicia ordinaria, en materia penal ha emitido sentencias que tergiversan su rol y dejan a las víctimas de trata sin probabilidad de acceso a la justicia.

- Por vía de decisiones judiciales se ha llegado a considerar la participación en la explotación sexual como un trabajo.

El proceso 2009-0240 se tramitó en el Juzgado Segundo del Trabajo de Tungurahua, en la demanda que propuso un ciudadano en contra del propietario del “night club el diamante” dice que su horario de trabajo fue de 15h00 a 17h00, y 18h00 a 05h00, de lunes a viernes, los sábados el horario era de 15h00 a 17h00, y de 18h00 a 06h00, alegó fue despedido intempestivamente de su labor como guardia de seguridad.

Comparecieron testigos que expresan que el actor y el demandado viajaban a Santo Domingo de los Tsáchilas, a Colombia, a Ibarra a “contratar chicas” para el night club.

<sup>29</sup> Sobre la declaración municipal de una “zona de tolerancia” en Ambato ha sido un tema no resuelto durante más de tres años.

La sentencia en los considerandos tercero, quinto, establece que entre las partes existió relación de dependencia laboral, y ordena el pago de varios rubros previstos en el Código del Trabajo.

Jamás se consideró la posibilidad de investigar a las partes como vinculadas a la trata por explotación sexual, su verdadera actividad.

- Por la vía de decisiones judiciales se ha llegado a revertir la situación de la víctima hasta convertirla en victimaria:

El proceso 2011-1105 se tramitó en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Imbabura, la regente de un "night club" denominado "el triángulo" fue procesada penalmente por trata de personas, en el lugar se explotaba a adolescentes, a mujeres colombianas y ecuatorianas. La defensa de la parte procesada durante el procesamiento acreditó:

- Que su defendida era arrendataria del inmueble donde se practicaba la explotación sexual, el contrato de arrendamiento tenía un inventario en que consta "habitaciones de descanso del personal y de las chicas" "18 duchas vaginales" 1 "sitio de chicas".
- Que mantenía varios documentos denominados "contrato ocasional de trabajo y de prestación de servicios sexuales", se encuentran datos personales de las contratantes, su "capacidad para contratar y obligarse mutuamente", la declaración que la arrendataria del "night club el triángulo cuenta con todos los permisos de funcionamiento requeridos por las autoridades competentes; por cuya razón dicha actividad se encuentra dentro de los lineamientos de licitud y como tal habilitada para contratar los servicios profesionales de mujeres, mayores de edad que tienen como profesión y medio de vida habitual, EL TRABAJO SEXUAL O PROSTITUCIÓN (mayúsculas del texto), quienes con sus propios medios en forma libre y voluntaria, llegan al establecimiento o solicitan trabajo."

Luego se impone a la "contratada" que "se compromete a dar atención a los clientes afectos a este tipo de servicios, sin discrimi-

nación de naturaleza alguna, que pudieran herir susceptibilidades de los clientes, siempre y cuando las exigencias de los clientes, en cuanto a los servicios requeridos sean los adecuados y normales en pareja y que no signifiquen relaciones contra natura o que estén fuera del ámbito personal de la trabajadora sexual"

La cláusula "CUARTA- DERECHOS DE LA TRABAJADORA SEXUAL.- La trabajadora sexual, por sus servicios profesionales recibirá la cantidad de diez dólares por cada relación sexual con cada cliente que requiera sus servicios sexuales, de cuyo valor se le descontará la cantidad de dos dólares por cada cliente, que servirán para cubrir gastos de mantenimiento del local, estadía y alimentación de la trabajadora sexual" es decir la víctima no salía del lugar.

La clausula Quinta deja en claro que el contrato es "esporádico u ocasional" esto "porque es política del establecimiento, refrescar cada cierto tiempo el personal femenino, a fin de mantener latente la buena imagen y prestigio del night club, así como las expectativas y exigencias de los clientes."

Con estos antecedentes la procesada fue sobreseñada; y a una adolescente que compareció a la suscripción del contrato como si fuera adulta se pidió su investigación por la Fiscalía, por "falsificar documentos públicos."

- Por vía de decisiones penales se ha logrado revertir la situación del tratante hasta convertirlo en ente socialmente útil.

En la causa N° 374/2009, la entonces Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia conoció el recurso de casación presentado por varias personas condenadas como autor y cómplices del delito de trata, en el caso denominado "la luna", contra el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha.

El razonamiento del Tribunal de Casación (considerando sexto) fue: "Al respecto, la sala considera que siendo el delito de explotación sexual de menores de edad un delito de lucro, para que se consume el sujeto activo, en caso

de la facilitación de la explotación sexual, debe proporcionar los medios necesarios para que la menor facilitada ejerza la prostitución y como consecuencia de esta facilitación obtener lucro. En el presente caso las trabajadoras del establecimiento en que las menores ejercían la prostitución no obtenían lucro de ninguna clase ni podían ser cómplices porque el facilitador que proporciona ayuda para que las menores ejerzan la prostitución, que en este caso consistió en poner a disposición de las menores prostitutas una pieza, para que atiendan a sus clientes, no requería ayuda alguna de tal modo que es inadmisibles la facilitación de la prostitución. Es de considerar que los trabajadores de los night club prestan servicios lícitos y personales a su empleador y a cambio reciben un estipendio necesario para la manutención de sus familias, por lo que no se les puede atribuir complicidad por realizar un trabajo lícito bajo la dependencia de su patrono, quien es el responsable de las conductas ilícitas que realiza pero en ningún caso sus trabajadores. Es necesario advertir también que el que directamente explotó a las menores fueron sus rufianes, y el hecho de proporcionarles ayuda para que ejerzan la prostitución implica complicidad, que en nuestro sistema punitivo sobre la explotación sexual se lo tipifica por separado, de que el rufián responde por el delito de rufianismo por separado, en tanto que el que lo ayuda proporcionando el local para que las menores de edad ejerzan la prostitución responden por el delito de explotación sexual a menores de edad, y consecuentemente, siendo el facilitador un cómplice, es inadmisibles la complicidad que violando la ley se atribuye a los trabajadores del night club. Por estas consideraciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY se aceptan los recursos interpuestos y de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal se corrigen los errores de derecho cometidos en la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, el 27 de marzo de 2008, a las 8h30, revocándola y en su lugar se absuelve...”

Estos ejemplos son de impunidad, una de las

formas de negar a las víctimas de trata su derecho de acudir a la justicia y obtener respuesta eficiente, eficaz, oportuna, lícita.

Sobre la impunidad Corte Constitucional para el Período de Transición en su SENTENCIA 0001-09-SIS-CC, caso 0003-08-IS, publicada en el suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

“La impunidad es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, sino que permite que se vulneren los derechos constitucionales de las personas. Al no sancionar los hechos que causan dichas vulneraciones, se incumplen con los estatales consagrados en la Constitución (Art. 83 Constitución de la República del Ecuador). En definitiva la falta de sanción a los responsables de las violaciones de los derechos constitucionales y la escasez de procesos serios de investigación, producen impunidad. Por un lado, consiste en negar a las víctimas o a sus familiares el acceso a recursos judiciales efectivos; y por otro lado, que mediante resoluciones judiciales se limite a las víctimas o a sus familiares, la obtención de información y el derecho a que se les proporcione verdad y justicia. La creación de un Estado constitucional de Derechos y Justicia, al incorporar a la verdad como un derecho (Art. 78 Constitución de la República del Ecuador), implica estructuralmente una lucha contra la impunidad. Finalmente, se resalta que el derecho a la verdad consiste a que en el caso concreto se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad.”

c) Los tratantes han convertido el delito en parte de nuestro entorno diario y esto los visibiliza tanto que ya no se les ve.

Cuando se estudia el delito del lavado de activos, los expertos enseñan que los lavadores acuden a blanquear activos en los establecimientos del sistema financiero “porque el mejor lugar para esconder un árbol es el bosque”, los tratantes han rebasado este estándar, ellos se ocultan a la luz pública en todos los sitios, son tan obvias sus actividades, tanto están ante nuestros ojos que no los vemos.

- Algunos diarios, el internet, ciertos canales de televisión, han terminado como aliados de los tratantes, principalmente de los explotadores sexuales.

Los anuncios requiriendo víctimas fueron constantes en años pasados, hoy en los medios impresos han disminuido.

Ejemplos:

La página A12 del Diario "La Hora", de 5 de junio del 2005 "Boliche Club ... NOTA: Necesitamos bailarina con experiencia \$150 semanales."

La página A16 del Diario "La Hora", de 16 de agosto del 2007 "KATTI..., necesito chica joven"

En la web en días anteriores (10 de mayo 2012) apareció la denuncia contra cursos básicos de prostitución profesional (por 100 euros) ofertados en una zona universitaria de Valencia en España.

Algunos medios impresos han difundido crónicas y reportajes que conllevan el concepto erróneo que la trata por explotación sexual es un negocio, un trabajo empresarial.

- Ejemplo, el Diario El Comercio en la página D12 del domingo 22 de mayo de 2005, dedicó una página entera al "Especial. El trabajo Sexual en Guayaquil. La prostitución: popular y de élite" y dice: "En una lujosa mansión construida junto al Río Babahoyo, al frente de unas rústicas casas de caña guadúa, funciona The Stock Market, la última novedad en el negocio del sexo en Guayaquil. La inversión hecha para la construcción de esta casa de citas, considerada por los empresarios dedicados a esa actividad una de las más ambiciosas en la costa del Pacífico, superan alrededor de USD 800.000."
- El tema de establecer en Quito una "Zona de Tolerancia" ha sido difundido por varios medios impresos en varias fechas, la última en el Diario Hoy, el 6 de mayo del 2012

"El trabajo sexual sigue en el centro por incumplimiento", una persona interrogada por el diario precisa que la reubicación del "trabajo sexual" en la Cantera, barrio San Roque, no es una opción porque "Allí no hay las condiciones para trabajar. Los clientes no van porque les roban."

- Otros medios impresos y visuales difunden la explotación sexual abiertamente. Diario "Centro" publica en la página 20, del 12 de abril del 2012, anuncios "Dama de Compañía, "Las Gatitas Sexys" "The VIP experience. Chicas y Chicos."
- El documental de HBO Max "Arriba Padrotes, Abajo Rameras" se transmite por el espacio Cinemax (dom. 20, 05, 2012; sáb. 26, 05, 2012) y constituye un manual de como ser un tratante, consejos para hacer y lo que no hacer "tener más de una chica es mejor que tener una, para no sufrir pérdidas en el negocio".

La presentación de la "obra" dice que "Este serie documental muestra el lado lujurioso de la sociedad norteamericana, a través de testimonios obtenidos en las calles y reportajes inusitados en los que se hablan temas polémicos". Eso si ningún procesado, ninguna víctima resarcida.

- Hay una crónica publicada en el diario "El Comercio" del 1 de enero de 2012, se invoca lo recuerdos de quienes vivieron en las plazas de la 24 de mayo entre ella "Eliana es manaba y llegó a Quito hace 40 años. Ella trabajaba en uno de los burdeles de la calle dijo. Cuando estos sitios de tolerancia fueron reubicados hacia la Cantera (San Roque)... quedaron en la calle. Esto ya hace 10 años, en la alcaldía de Paco Moncayo. Parada en la esquina y agitando su cartera ve el paso de otras personas que llegan atraídas por el nuevo lugar. Durante el fin de semana hubo una separación de historia y los oficios tradicionales del sector. Entre risas Eliana se queja. "Pero aquí no salimos las dueñas de la 24. Por historia nos merecemos el pedazo de la calle en el sitio que hemos permanecido tanto tiempo."

La sociedad ha “aceptado” a la trata por explotación sexual, volviendo lo común en lo normal, perdiendo de vista que la cosificación de seres humanos es la base del “negocio del sexo”, lo cual tiene consecuencias:

- Si se constituye en un servicio “el cliente” adquiere derechos, incluso de considerarse como usuarios podrían terminar bajo el amparo de la Constitución de acuerdo a su Artículo 52
- Si se considera una labor el Estado queda relevado de su deber de generar fuentes de trabajo que no signifiquen la utilización de personas, las mismas que pasan de ser víctimas a “servidoras”.

Diario “El Comercio” en su edición de 29 de octubre de 2006, página 8, describía “La Luna se volvió una cárcel sin rejas para las adolescentes”, el diario “Centro” de Santo Domingo de los Tsáchilas en su edición de 24 de mayo de 2012 publicó “Una noche en la Luna...El prostíbulo La Luna fue uno de los más famosos de Quito y es el mismo negocio con el mismo dueño que emigraron hasta Santo Domingo de los Tsáchilas”<sup>30</sup>.

### CONCLUSIONES:

- La exclusión en que se encuentran algunas personas hace que su situación empeore cuando resultan ser víctimas sea de desastres naturales o delitos.
- La posición del Estado frente a las víctimas de desastres naturales es diferente a la que tiene ante las víctimas de delitos.
- En algunos casos las víctimas de daños pueden cubrirse con seguros.
- La noción de justicia ha empezado a cambiar con la decisión presidencial de evitar el sufrimiento de la familia de una niña violada y asesinada, lo que permite considerar un nuevo concepto de justicia.
- Mientras entendamos el derecho de acceso a

la Justicia como sinónimo de proceso penal o de otra fórmula no judicial de responder a los conflictos, las víctimas de trata no obtendrán la JUSTICIABILIDAD de sus derechos.

- Hasta que no se dicte una ley que derogue la figura legal del proxenetismo será la misma ley penal que proteja a los tratantes.
- En tanto sea el mismo Estado quien nombre y mantenga funcionarios que certifiquen a los explotadores sexuales, les conceda permisos de operación, les multe por no obtenerlos y así “actuar legalmente” contra las víctimas de trata, éstas no tendrán acceso a la justicia.
- Si los medios no toman conciencia de su rol decisivo para apoyar a la construcción de una sociedad que no proporcione ni consuma trata de personas, seguirán siendo -inocentes o no- buenos aliados de los tratantes y fomentadores de la negación del derecho a las víctimas de trata de acceder a la justicia.
- Si los Jueces siguen resolviendo causas: en contra de los derechos de las víctimas de acceder al Sistema de justicia, la actividad de los tratantes se irá fortaleciendo cada día más bajo figuras de arrendadores, de empresarios, de trabajadores, de socios, de clientes, a tal punto que llegará un punto en que los tratantes exigirán derechos de patronos, de empresarios, societarios, de consumidores.

### ADVERTENCIA.-

El proyecto de Código Orgánico Integral Penal suprime la figura del proxenetismo, esto siendo privativo en la lucha antitrata provocará graves problemas como la conversión en ilícito de las actividades que los proxenetes realizan hoy, pondrá en peligro a las personas explotadas sexualmente si no se toman medidas paralelas a la entrada en vigor de dicho proyecto, que salvaguarden a las víctimas con respecto a los explotadores, y se les ofrece protección inmediata y a largo plazo así como alternativas a sus medios de subsistencia.

*Quito, a 30 de julio de 2012*

<sup>30</sup> El referido night club “la Luna” funcionó a la entrada sur de la ciudad de Quito junto a un colegio, con sus instalaciones muy amplias y diversificadas dieron lugar a la victimización de cientos de mujeres (adolescentes y adultas), los responsables fueron procesados penalmente, estuvieron bajo prisión preventiva, algunos huyeron, finalmente todos fueron sobreseídos, o absueltos como mencioné anteriormente. Actualmente en el lugar se ha establecido una comunidad religiosa que sostiene que Jesús vino al mundo a borrar la obra del diablo. Sin embargo, mientras subsistan los elementos arriba mencionados no podremos decir que Dios ha borrado la obra del diablo.

### 1.1.4. El neo constitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional.

**Expositora: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia,**  
Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo y Tributario  
de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.<sup>31</sup>

#### TEMARIO:

- I.- ANTECEDENTES
- II.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
- III.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR
- IV.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO
- V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### PONENCIA:

“Con el procedimiento administrativo, el Estado no hace sino satisfacer una de las funciones de mayor relevancia que es su deber atender, por ser el conductor de la comunidad jurídicamente organizada. Sólo de esa manera las contiendas se resuelven aplicando el derecho y no la fuerza”  
Héctor B. Villegas, Argentina, 2005

#### I.- ANTECEDENTES

El Ecuador ha dado sus pasos en el recién

te Siglo XXI con una gran producción legislativa, apoyado en los derroteros del cambio y de un paradigma de “estado constitucional de derechos y justicia” para introducir los principios modernos de la administración pública, que forjados en la mística y la motivación de la esencia latinoamericana, se proyectan hacia el futuro y hacia el mundo entero. Quizás lo que surge en este andar, es saborear que los cambios se plantearon sin parametrizar el pasado frente al futuro o sin establecer fórmulas de crecimiento de los logros y que además sean medibles en el tiempo; y esto porqué? porque la espera de todos los cambios fue extensa, y lo que ahora pretendemos es lograr avanzar en el tiempo recuperando lo no andado ni lo no logrado, lo que apuntala la carrera hacia metas más prometedoras, pero que nos da la ventaja, de mejorar lo que ya se ha hecho dejando los errores de los que sí emprendieron en esta tarea.

Mirar el Ecuador del siglo XX es retrotraernos a la inercia de la acción de la administración pública, en donde el silencio administrativo negativo era el corolario de un sinnúmero de tropiezos en contra de los derechos de las ciudadanas y de los ciudadanos, en donde el “solve et repete” era el principio crucial del sistema administrativo violentando con ello el peculio de los administrados y enredando con valores incifrables la cuenta del tesoro nacional, y en donde la decidía y el

<sup>31</sup> Ponencia disertada en el marco del “Primer Seminario Internacional de Derecho Administrativo”, organizado por el Consejo de la Judicatura de Ecuador, en el Hotel Colón, ciudad de Quito, 16 y 17 de Octubre de 2012.

quemimportismo de los llamados funcionarios públicos, como avocaba la LOSCCA (Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa publicada en el Registro Oficial Suplemento 184 de 06 de Octubre de 2003 ), era el pan de cada día. Este panorama se ha visto modificado indudablemente con el aquilatamiento de los principios del debido proceso y de la administración pública moderna, recogidos en la nueva Constitución del 2008 del Ecuador.

De esto tratará este análisis, y además atendiendo la convocatoria del Consejo de la Judicatura de Ecuador y de Fernando Yávar, haré la ponencia del neoconstitucionalismo en el derecho administrativo, navegando entonces en los temas de la reforma constitucional ecuatoriana que plasman los cambios modernos en el sistema administrativo ecuatoriano.

## II.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para empezar, disertaremos sobre la influencia de los cambios del mundo contemporáneo en las reformas constitucionales de América Latina, pues la desterritorialización y desnacionalización de los estados en el mundo -como los ha conceptualizado Alexy<sup>32</sup>-, han confluído en cambios fundamentales en la estructura de los estados y en su conformación organizativa, consecuencias de este modelo han influido en las crisis que Ferrajoli y Ávila Santamaría<sup>33</sup> han establecido en dos, la primera de la credibilidad del derecho y la segunda sobre la impotencia del derecho; crisis que se han causado a propósito de la convergencia de varios modelos de integración así como de la generación de un sinnúmero de normas internacionales que rigen en protección de los derechos humanos. Y es que desde la vigencia de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos los postulados de la paz y el respeto de los derechos, unido a la dispersión del principio clásico de soberanía de un estado o el "potestas legibus soluta" trastocaron la supremacía de las constituciones, pues el

principio de soberanía nacional se había vuelto expuesto al segundo lugar de la vigencia de las constituciones mundiales o de los convenios internacionales de derechos humanos.

Sin querer con ello desconocer de ninguna manera la vigencia plena y efectiva del derecho internacional pero tampoco sin dejar de soslayar el efecto pleno en la vigencia de las constituciones nacionales que fueron relegadas al segundo plano. En todo caso, el sistema constitucionalista latinoamericano de vanguardia, plantea ante esta situación, el paradigma de un nuevo concepto constitucional de estado y su democracia; desde sus líneas escritas que configuran un estado más participativo y en donde la vigencia de la constitución nacional, irradia a las ramas de derecho y hace de la jueza o del juez el interventor principal de esta difamación de justicia en el enmarañado sistema jurídico, desde la constitución hasta las normas principales y secundarias, La interpretación es hoy por hoy, la herramienta de terciopelo más sobresaliente en la aplicación de la justicia, en la voz de la jueza o del juez impregnada en sus fallos y decisiones judiciales.

La justicia ordinaria, a más de la constitucional, se ve envuelta ahora más que nunca en el ejercicio de aplicación de la Constitución en sus decisiones y con ello en la aplicación de los postulados de justicia y equidad en la vida diaria y cotidiana de los administrados, que la reclaman como propia y de aplicación directa, me refiero a la Constitución. Grandes pasos se han dado en el mundo contemporáneo entonces, envolvente de nuevas tecnologías de información, de aproximación de las fronteras nacionales, y de la cercanía de las comunicaciones que al alcance de todo, hacen más cercanos los lugares más distantes del mundo, pero que reflexionan también sobre nuestra cultura, idioma, costumbres y sus diferencias.

Ahora bien, debemos en este punto reflexionar el cómo este nuevo paradigma de estado y democracia participativa influye en los sistemas

<sup>32</sup> Robert Alexy, "Derecho fundamentales, ponderación y racionalidad" en Miguel Carbonell y García Jaramillo (coordinadores). *El canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 97.

<sup>33</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo transformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Ayala, Quito, 2011.

administrativos de nuestros países latinoamericanos?, tomando ya como verdad de perogrullo la clara influencia de las reformas constitucionales de los últimos años o mejor dicho de la última década en los países de América del Sur. Desde la Revolución Francesa ya se proclamó como postulado la sumisión de la administración pública al derecho, el bien llamado principio de legalidad, que incluso puede ser analizado en dos posibilidades, un sometimiento de la administración pública vista como (i) *aquella que el Derecho sea fundamentalmente el mismo que se aplica a los particulares*, y (ii) *que ese Derecho sea fundamentalmente diferente*<sup>34</sup>. Tras estas diferenciaciones se han enfrascado las discusiones de la doctrina, y las legislaciones han sido en tanto y en cuanto se han acercado a cada una de estas dos tendencias, sistemas de concepción menos o más fiscalistas o de protección estatal. Es que el círculo permanente de tales discusiones se inclinaba en teoría a una u otra tendencia, de protección más estatal o de protección más privada, -hablando del sector público o del sector privado-, cuando en el nuevo paradigma de estado y democracia la sujeción al derecho es el mismo del sector público y privado, pero la inclinación a la defensa de lo público y privado es igual, sin desatender claro está, las claras especificidades del sector público, su conformación, entorno e implicaciones. El sector público no es sólo aquel ente con o sin personalidad jurídica que se compromete con facultades y que tiene una carga extraordinaria de obligaciones, sino que tras bastidores es aquella comunidad de ciudadanas y ciudadanos que esperan la prestación de servicios públicos de calidad, oportunos y eficientes en términos de solidaridad y de bienestar. De esta manera el **principio de legalidad** se aplica en el Derecho Administrativo, como la clara lealtad a un sistema jurídico, que aplica las normas desde la propia administración pública, pero que en todo caso no excluye ni el principio de igualdad ni el principio de especialidad de la administración pública.

En el sistema democrático contemporáneo, la administración pública debe por tanto configurarse como un "servicio público" en su extensa

definición, con cada una de las implicaciones de ello, pues en el presente el servicio público no puede ser entendido sino como la práctica del verdadero ejercicio democrático para la satisfacción de las necesidades de los administrados, en torno a los servicios públicos que ofrece el estado, como proveedor de ofertas al mercado. Pero el ejercicio de la función pública no puede ni debe ser entendida como una función fría y etérea, pues la ejecución de estas actividades obliga a la necesidad de personalizarlo como entidad, ya desde Montesquieu se hablaba pues la necesidad de que la administración pública s'exerce toujours sur de choses momentanéés, tratando con ello que se personalice la función pública y su ejercicio<sup>35</sup>, -a lo que yo llamo reconocimiento formal de sus peculiaridades y especificidades-.

Con estas premisas que hemos desarrollado hasta aquí, podemos introducirnos ya en el tema ecuatoriano, para enfocar su desarrollo y los vértices que han señalado el camino y avance del tema administrativo en el sistema constitucional ecuatoriano, de cara al Siglo XXI.

### III.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR

Hoy más que otrora, es necesario reforzar el vigor y rigidez de la aplicación de nuestra Constitución de 2008, pues no como antaño, la Constitución es de aplicación práctica y diaria en la vida cotidiana de los que conformamos este estado, o al menos eso es lo que pretendemos lograr con la firmeza de su aplicación. El Neoconstitucionalismo en el Ecuador proporciona pues, los elementos introductorios para un Derecho Administrativo vivificante, real y vivo de sus instituciones jurídicas, las políticas del buen vivir o "sumak Kawsay" pululan en los postulados del régimen de desarrollo ecuatoriano, en sus políticas económicas y sociales que coadyuvan a la formación de un estado en donde los medios productivos se repartan con mayor equilibrio, evitando los monopolios y la pobreza, empoderando a la ciudadanía en el uso y goce de los ingresos que recauda, acercando el servicio público a las

<sup>34</sup> José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*, Primera edición, Ediciones Paredes, Venezuela, 2008, p. 130.

<sup>35</sup> Tomado de Eduardo García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo", tomo I, edición latinoamericana, Editoriales Temis y Palestra, Bogotá-Lima, 2008, p. 57.

y los ciudadanos de a pie, a las y los ciudadanos de cada GAD's (gobiernos autónomos descentralizados, llámese municipios), o de las juntas parroquiales, de manera equitativa e igualitaria, evitando la centralización y la concentración de los recursos y de los medios productivos; generando de esta manera la tan ansiada paz social, entre mestizos, blancos, afros e indígenas.

El "buen vivir" no es otra cosa que la convivencia digna en el estado ecuatoriano, en donde las políticas económicas equilibren las políticas sociales, pues todos debemos contribuir a que el estado tenga los medios suficientes para su sobrevivencia y equilibrio fiscal, pero todos los recursos a la vez, deben repartirse de manera igualitaria en la ciudadanía y con equidad, privilegiando los grupos vulnerables como son: las niñas y los niños, mujeres jefes de familia, adultos mayores, personas de capacidades diferentes y otros; precautelando también el bien patrimonial más perenne del Estado, protegido como individuo de derechos y garantías: **la naturaleza** pura y primigenia, pulmón de nuestro planeta, que en América Latina ha sido un bien sin avalúo ni beneficio, dejado de lado como un patrimonio sin calcular en el presupuesto general de los estados, cuando su uso y beneficio es invalorable para la vida de todos los que habitamos en este mundo.

La **paz y la justicia**, bienes tan preciados, en esta ola de cólera y violencia, de genocidio y desigualdades, deben ser las metas de los estados democráticos contemporáneos del Siglo que presenciamos, y éstos no se lograrán sin una participación equilibrada del Estado en el mercado, sin la intervención forzosa de la administración pública en el ejercicio de nuestros derechos fundamentales como personas, y en la prestación de los servicios públicos de calidad; protegiendo sobremanera los derechos y garantías de los ciudadanos.

En nuestra tan desarrollada Constitución del 2008, las críticas no han sido escasas, pues siempre me he preguntado como equilibrar en la balanza presupuestaria del Estado, los costos que implica implementar los postulados constitucionales con los ingresos estatales, sin ocasionar un déficit fiscal o buscar créditos externos de estos países que sumidos en la pobreza de un siglo buscan mejores derroteros?. La propia Constitución

nos da las soluciones, cuando enfrasca dentro de la misma sabiduría de la obtención del desarrollo económico y social, condicionado al desarrollo progresivo de los derechos y garantías fundamentales. Así se menciona que, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo obligación del Estado generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Se postula entonces la aplicación progresiva de los derechos, para lo cual la temporalidad y la razonabilidad, son los elementos que apoyan su aplicación permanente en la sociedad, de lo contrario preveríamos un incumplimiento anunciado desde su formulación en la norma constitucional, de los nuevos principios reguladores, pues además cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, es inconstitucional.

De esta manera se propugna en las normas constitucionales que el más alto deber del Estado es el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; pues el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidoras o servidores, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Ver art. 11).

Siguiendo con el estudio de la convergencia del sistema público en la Constitución, encontramos adicionalmente, en el título IV de la Constitución de la República del Ecuador, a propósito de la **Organización del Poder**, las normas sobre la estructura y principios fundamentales en seis capítulos sobre: la Participación en Democracia, la Función Legislativa, la Función Ejecutiva, la Función Judicial y Justicia Indígena, la Función de Transparencia y Control Social; y como séptimo capítulo el de la Administración Pública. En este acápite transversalmente se postula el deber de coordinar las acciones del sector público para el efectivo cumplimiento de sus fines y para la efectividad del goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Ver. Art. 226).

De esta manera podemos colegir, que en el diseño del Neoconstitucionalismo ecuatoriano, no sólo que se deja atrás la aplicación positivista y literal de las normas de derecho, pues ahora las normas fundamentales de la estructura del estado como los principios fundamentales de la Constitución se aplican de manera más efectiva en las ramas del derecho, en el caso que nos ocupa, en la actividad administrativa de las funciones del estado, llámense legislativa o judicial, incluso. Sino que además se adiciona a la corriente latinoamericana el fin máximo de toda esta tendencia, que busca el buen vivir y el desarrollo de la economía popular y solidaria, conjuntamente con el avance de la integración latinoamericana; pero este fin, tiene como eje central al ser humano, ve a su individualidad, como la parte primordial de este engranaje, pero en relación a su entorno, esto es, él y sus conciudadanos, él y la naturaleza, él y la sociedad; lo que permite examinar holísticamente al hombre como a la mujer en su entorno, apoyando su desarrollo pero sin afectar el desarrollo de lo que lo rodea, se excluye por tanto “el ser humano por el ser humano” pues su supervivencia y permanencia en el planeta, está atado a su accionar y a los efectos que puede ocasionar en la sociedad y en su hábitat.

En este análisis toma importancia la actividad de la administración pública en el estado constitucional de derechos y justicia social, pues así como la actividad jurisdiccional se efectiviza con formas más ágiles y con la intervención de la jueza o del juez más activa; también considera la actuación de la administración pública más cercana a las ciudadanas y a los ciudadanos, en donde la intermediación y participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones, sea un elemento permanente de la conformación del estado y de la vigencia de la democracia participativa; así como también en donde los servidores públicos o aquéllos que desarrollen actividad administrativa, apliquen las normas, como ejecutores que son de las normas legales, ajustando su actividad reglada a la aplicación directa de la constitución y a la vigencia plena de los principios y garantías constitucionales en una suerte de acogimiento de la

Constitución a sus resoluciones de carácter general, así como a los actos administrativos que causen efectos directos y que afecten a derechos subjetivos de los administrados. Para mayor análisis desarrollaremos la relación directa del Neoconstitucionalismo y el Derecho Administrativo.

#### IV.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

Si retomamos el concepto general de **García de Enterría** sobre el **Derecho Administrativo**, visto desde el punto de vista positivista para él, se definiría como el derecho propio y específico de las administraciones públicas en cuanto personas, pues es -como dijera el autor- “*un derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común*”<sup>36</sup>. Yo añadiría además a esta definición, si la ciencia del derecho lo admite, que es también un derecho con las especificidades propias de una teoría que engloba como ente central el servicio público estatal, por lo que entraña desde sus orígenes una conformación diferenciada en cuanto a su naturaleza misma, pero que no puede dejar de lado por ningún motivo los principios reguladores generales del Derecho, hoy constitucionalizados en nuestras cartas fundamentales, verbigracia, la Constitución de la República del Ecuador de 2008; que recoge los derechos y garantías del individuo humano ampliamente, que otrora se incrustaban en las convenciones internacionales, pero además añade derechos y garantías a la naturaleza y reconoce los derechos y justicia de las comunidades indígenas.

Ahora bien, este concepto iuspositivista de lo que se concibe como Derecho Administrativo se transforma con la reforma constitucional, porque más que el derecho público que regula las relaciones entre el estado y los particulares de manera general, el derecho administrativo deja de ser absolutamente finalista en la búsqueda de

<sup>36</sup> Eduardo García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, edición latinoamericana, Editoriales Temis y Palestra, Bogotá-Lima, 2008, p. 18.

sus conclusiones; para transformarse en un derecho causalista y de medios en su quehacer, pues a la línea de la nueva tendencia constitucional debe establecer *“las técnicas de garantías idóneas y asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionales reconocidos”*<sup>37</sup>; de esta manera se configura la **propagación y acrecimiento del espectro de los derechos fundamentales de la libertad de las personas**, en la normativa administrativa. Esto se refleja incluso, en la variación que deba darse a las normas procedimentales administrativas en su formación, pues deben contemplar el ejercicio pleno de los derechos de libertad de los administrados pero velando por el fin máximo que es el bien común, en donde el estado, tiene un papel preponderante en la ejecución de las acciones para llegar a su cometido; pero también en la aplicación del derecho material administrativo, pues resalta hoy la aplicación de los principios de justicia en la sustancia del derecho administrativo, que comúnmente fue siempre formalista y positivista.

Se difunde entonces en el Derecho Administrativo Ecuatoriano la novación de sus contenidos, pues se hace necesario la aplicación de los principios de justicia y la equidad, cuando antes se hablaba de literalidad en su interpretación; también implica la reconsideración de sus fines pues ya no es solamente el interés privado del ser humano como persona sus objetivos, ni tampoco solo el interés público y sus cometidos; es buscar la efectividad de la justicia en el estado, pero en referencia al **individuo en su relación con el entorno**, con el objetivo del buen vivir y del respeto a su hábitat. En otras palabras, es hacer de la naturaleza jurídica de este derecho, la búsqueda del equilibrio entre los participantes del espectro administrativo, pues la eliminación de las desigualdades y discriminaciones es el único camino para alcanzar el bien común.

Pero, cómo se logra esto reflexionaremos todos?, para lograr la asimetría perfecta entre el logro del buen vivir o *sumak kawsay* y el respeto a los derechos fundamentales de libertad de los ciudadanos, pues entrelazando los derechos de libertad, llámense igualdad, debido proceso,

y participación en los servicios públicos; coordinadamente con los principios que regulan la administración pública como son la eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Esta suerte de compaginación de intereses privados y públicos, significa que mientras el Estado busca el recaudo de sus recursos o la protección de sus ingresos y gastos, el ciudadano del estado constitucional de derechos exige el cumplimiento de sus fines al estado, que no es otro que la satisfacción de sus necesidades en cuanto a servicios públicos y respeto a sus derechos de libertad; pero estas tendencias deben complementarse armónicamente en nuestro planteamiento pues se busca el equilibrio en la aplicación de los derechos de todos, ponderando proporcional y justamente las necesidades de todos.

En el derecho administrativo la búsqueda de sus fines en cuanto a la aplicación de los principios fundamentales del individuo que se propugnan en los derechos de libertad como la igualdad o el derecho de que le satisfagan adecuadamente y con calidad sus necesidades de servicios públicos; frente a los principios de la administración pública, que pretende como son la eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; muchos de los cuales se contrastan directamente, verbigracia el derecho de servicios de calidad que exige el individuo frente a la eficiencia que es el principio de búsqueda de la administración pública, que conlleva económicamente a obtener el máximo de resultados posibles al mínimo costo. Pues concluiremos diciendo con total seguridad, que no necesariamente se contraponen sino que más bien se complementan, pues la aplicación del uno no puede causar desmedro en la aplicación del otro, sino que éstos se van conjugando en una suerte de aplicación proporcional y razonable, como manda los principios de justicia y de equidad.

**La ponderación y la proporcionalidad serán entonces las herramientas de la justicia y**

<sup>37</sup> Tomado de Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell (coordinador). Madrid, Trotta, 2008, p. 35.

la equidad, que lograrán que cada uno de estos intereses se vuelquen a la realidad, que no se estanquen en el tiempo sino que se apliquen como manda la Constitución, sólo y de esta manera se lograrán sus fines, lo que ha desatado también el **NeoAdministrativismo** en el Ecuador como en América Latina.

La justicia constitucional toma forma entonces cuando en el derecho nacional de las especialidades, como en el derecho administrativo se establecen en las normas procedimentales o sustanciales su esencia y concepción, cuando en las decisiones administrativas sean éstas de carácter general o individual, se plasma el garantismo de las normas fundamentales y los derechos de libertad de la persona, para de esta forma proporcionar la seguridad jurídica en la aplicación de los principios de justicia y derecho.

Para quienes aplicamos la justicia positiva y racional, la justicia constitucional que irradia acrisolada el derecho administrativo, nos queda la tarea de hacer efectivos los derechos y garantías de los ciudadanos en un sistema de ponderación y proporcionalidad de los derechos de los unos con los otros, de los principios del derecho administrativo y los principios que regulan los derechos fundamentales de las personas, para en justicia social, democratizar los derechos en la sociedad, acercando la figura del Estado a la convivencia diaria de los ciudadanos, haciendo el servicio público la panacea de la eficiencia, la transparencia, la calidad y la vigencia plena de los derechos de la mujer y del hombre del siglo XXI.

Agustín Gordillo en sus lecciones de derecho administrativo, apoyaba la función pública y el ejercicio de la facultad administrativa creadora de derechos a la luz de la legalidad, hoy diríamos bajo la esfera constitucional.

En el Ecuador, la normativa legal y secundaria debe ajustarse como se ha expuesto ut supra, a los nuevos condicionamientos del mundo contemporáneo; a lo que el diseño Neoconstitucional ecuatoriano exige. Para ello, la propuesta de un **Código del Procedimiento Administrativo** exige su creación. En el actual derecho administrativo ecuatoriano, no se ha hecho plausible

aún esa expedición y convivimos aún con una Ley de Modernización del año 1993, un decreto presidencial, contenido del ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, (Decreto 2428 publicado en el Registro Oficial 536, de 18 de marzo de 2002), que no tiene carácter de ley, y varias normas administrativas dispersas en las normas especiales de las entidades públicas, desde el COOTAD (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) que regula las relaciones de los GAD's y los particulares, el Código Orgánico Tributario y Código Orgánico de la Producción que regulan las relaciones de las administraciones tributarias nacionales y los contribuyentes; normas procedimentales en la Ley de la Seguridad Social que regulan las relaciones entre el estado y los afiliados a la seguridad social; la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado o la Ley Orgánica de Servicio Público que regulan la relación entre el Estado y los concesionarios de servicios, entidades públicas contratantes de bienes, servicios y obras, así como de los servidores públicos; o el mismo Código Orgánico de la Función Judicial o de la Ley de la Función Ejecutiva que contempla este tipo de normativa.

Quizás esta propuesta sirva de reflexión para repensar el derecho administrativo desde la óptica de los nuevos derechos constitucionales, que maniobran ahora las políticas del estado y su conjunto; que hagan efectivo el articulado primero de nuestra carta fundamental que declara al Ecuador como *"un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico"*. En donde la voluntad del pueblo sea el fundamento de la autoridad, que se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa; resaltando con esto, la vigencia plena del ejercicio de la función administrativa en la consecución de los fines estatales, pues es el servidor público como ahora técnicamente lo denomina la carta fundamental y las leyes de servicio público, quién debe prestar el servicio ante una relación legal o estatutaria con el estado, de ahí que se hable de servidora-servidor o de empleada-empleado o trabajadora-trabajador.

El servidor es pues el medio que personaliza a la función pública, que debe hacer efectivos las obligaciones que adquiere el estado frente a los administrados, y que son:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos;
2. Defender la soberanía nacional;
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad;
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico;
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza;
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización;
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país; y,
8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

Pero el término que se asocia a la función de administrar la cosa pública, es el servicio público, que debe prestar el servidor; un servicio que da como derecho a las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa. En esta línea es obligatorio entonces, establecer los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; así como las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

Hemos disertado hasta aquí la bien traída reflexión de la aplicación del “estado constitucional de derechos” en la actividad administrativa, entendida como la aplicación de los derechos fundamentales en la atención y prestación de los bienes públicos, pero hay que recalcar que el estado constitucional de derecho -léase plural, derechos, no derecho- subraya como más la vi-

gencia de todos los derechos del ser humano y de su entorno, así como de la naturaleza considerada como individualidad, sujeto de derechos y obligaciones. Pero no podemos dejar de analizar el concepto de “**justicia social**” que debería definirse como noción fundamental de igualdad de oportunidades y de derechos humanos, más allá del concepto tradicional de justicia legal.

La justicia social se fundamenta en la equidad y es imprescindible para que los individuos puedan desarrollar su máximo potencial y para que se pueda instaurar una paz social estable. Pero cómo en la función administrativa que desarrolla la propia administración pública, o en las actividades administrativas de las funciones del estado, como la judicial, se plasma la justicia social? Pues quizás la respuesta pueda ser, cuando la administración pública y sus servidores, logran el ejercicio de su actividad, obteniendo que la norma se aplique sin el exagerado formalismo de la burocracia de antaño, para no calcular de manera positivista la sanción, sin analizar todas las aristas de un temario que obliga a la aplicación del derecho y de los principios de justicia, o sin efectivizar su discrecionalidad violentando las normas fundamentales. Esto debo anotar, sin miedo a equivocarme no anula de ninguna manera el principio de legalidad, pues la actuación de la justicia es el socorro de la legalidad, esto significa, que en los casos de anomia y antinomia de las normas legales y secundarias administrativas, el bien llamado principio de equidad debe atender la aplicación del derecho por quienes están llamados a hacerlo. De otro lado, el neoconstitucionalismo sería devastador y quizás más perjudicial que beneficioso para la solución efectiva a los cambios que nos plantea el mundo, los mandatos populares ordenados por el pueblo ecuatoriano en el Referendo de mayo de 2011.

La **razonabilidad del derecho**, es pues el paradigma actual del derecho administrativo, en donde el principio de legalidad cumpla su papel en tanto y en cuanto la legislación interna así lo conciba, pero en casos de antinomia y anomia legislativa, esto es de vacíos y contradicciones de las normas, que en derecho administrativo no son pocos, deben actuar en este espacio los principios de justicia y equidad. Solo de este modo, la justicia social puede guiar los pasos de los operadores

administrativos y de los propios operadores de justicia, si hablamos de procedimientos administrativos o de procesos judiciales administrativos. Sobre ello, el Código Orgánico Tributario Ecuatoriano, ha sido el referente del futuro, pues aún cuando nacido de la vieja tradición del Modelo de Código Tributario para América Latina, vigente desde el año 1975 en el Ecuador, ha puesto el hito en el cambio de una administración nacional tributaria, modelo para nuestra América.

Estos temarios son claves en la aplicación de la justicia constitucional en el Ecuador, en donde el cambio de un control abstracto al control concentrado de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, limita el accionar de los operadores administrativos y de los operadores de justicia.

En el derecho administrativo, en donde la característica ha sido la ejecución fría y literal de la norma, es indudable entonces la reformulación de su concepción pues nuevos derroteros nos obligan a comprender que ahora la exigencia está dada para que el administrador de los servicios públicos, aplique con justicia social su función. Para lo cual debe aplicar los principios, normas y reglas de la justicia, aún con el riesgo de ser subjetivo, pues si se usa la equidad, la razonabilidad y la proporcionalidad en sus acciones este supuesto se elimina.

Cuáles son pues ahora entonces los principios que directamente se recogen en el articulado de la Constitución de 2008 sobre la administración pública? A saber, son:

**1.- Principio de legalidad condicionado a los principios de justicia.-** El cual como en extenso se ha explicado confluye en el análisis, entendido no solo como la sumisión de la administración pública al derecho sino que se suma los principios de justicia social y la equidad, en los casos de antinomias y anomias, quedando incólume

en los casos de aplicación que no vulneren a los principios fundamentales la legalidad también.

**2.- Servicio público.-** La Administración pública constituye un servicio a la colectividad, esta máxima que recoge la Constitución del Ecuador ha sido también desarrollada en la Doctrina como el “derecho del ciudadano a una buena administración”, contemplado en la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, (Niza año 2000) así como en el Proyecto de **Código Modelo de Procesos Administrativos judicial y extrajudicial** (Buenos Aires 2012)<sup>38</sup>; confluyendo como conclusiones que esto conlleve al derecho a conocer en cualquier momento el estado de trámite a quien es parte interesada, el derecho a obtener copias de los documentos que presenten, el derecho a acceder en los idiomas oficiales, el derecho a formular alegaciones y a aportar documentos, el derecho a acceder a los registros y archivos de las administraciones públicas y el derecho a exigir las responsabilidades de las administraciones públicas y de sus servidores<sup>39</sup>. Lo interesante del desarrollo de este principio a la luz del Proyecto del Código Modelo Iberoamericano, es que su aplicación no sólo tiene que ver con las administraciones públicas en general, sino que incluso es aplicable a los funcionarios administrativos, de las Funciones Judicial y Legislativa.

Hay que anotar que estas normas revelan dentro de este marco los principios de **constitucionalidad, convencionalidad, legalidad, moralidad, buena fe, impersonalidad, publicidad, eficiencia, motivación, proporcionalidad, razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima**.

**3.- Eficacia.-** Cuando la administración pública cumple sus metas y objetivos propuestos, esto es la obtención y recaudación de los recursos suficientes para costear los servicios públicos de calidad, cuando el gasto es razonable a los ingresos, priorizando las metas del desarrollo con

<sup>38</sup> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, “Proyecto de Código Modelo de Procesos Administrativos-Judicial y Extrajudicial- para Iberoamérica, Buenos Aires, 2012: El Proyecto trata en el título Primero sobre “El Proceso Administrativo extrajudicial” sobre los principios que lo rigen. “Artículo 2.- Principios aplicables a la Administración Pública.- La Administración observará, entre otros, los principios de **constitucionalidad, convencionalidad, legalidad, moralidad, buena fe, impersonalidad, publicidad, eficiencia, motivación, proporcionalidad, razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima** [...]” Art.- 4.- Principios del proceso administrativo.- Se aplican al proceso administrativo, además de los principios de la Administración Pública, los principios de **isonomía, contradicción, amplia defensa, razonable duración del proceso, oficiosidad, verdad material, preclusión administrativa y formalismo moderado**, sin perjuicio de otros”.

<sup>39</sup> Tomado del libro Derecho Administrativo, tomo II, de David Blanquer, Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010, p.p. 63 a 67.

soberanía económica y solidaria, con equidad en el reparto de los ingresos, y enfocándose en el régimen de economía popular y solidaria.

4.- **Eficiencia.**- Que aplica cuando la administración pública logra los objetivos económicamente con los costos más bajos, para lo cual el sistema de contratación pública del estado toma incluso medidas afirmativas de protección nacional para la industria nacional y las pequeñas empresas, con los sistemas de ferias inclusivas, para insertar en el desarrollo al artesano; alternativas de mejoramiento en los puntajes a las microempresas o PYMES, en los procesos de contratación; y priorización de la industria nacional en el consumo de los bienes y servicios públicos.

6.- **Jerarquía.**- Que no es más que el respeto a la democratización del estado, en donde los individuos participan de políticas incluyentes en la toma de decisiones, en donde el sistema se convierte en una plana de ejercicio del poder, precautelando que la autoridad nunca más estará por encima del individuo ciudadano, sino que en una relación jurídica de igualdad, haya el respeto mutuo en la decisión de los poderes; pero que la decisión del poder que se tome por estos medios se respete por la misma autoridad y por los administrados. Es un juego de participación ciudadana en la toma de decisiones pero de respeto absoluto a la decisión que así se tome. Jamás puede volver el "abuso de la autoridad" a un país de igualdad y paz y social; ni la impunidad ni la incertidumbre.

7.- **Desconcentración.**- Las funciones del Estado y sus actividades deben lograrse a través de varios entes de un mismo órgano, focalizados en todo el país, en este país de primavera permanente, el servicio público debe entenderse cercano al ciudadano, atento a sus necesidades.

8.- **Descentralización.**- El Ecuador se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La participación de los gobiernos autónomos descentralizados o de régimen seccional, adquieren participación activa en la prestación de un sinnúmero de servicios a la colectividad, como son la prestación del agua potable, energía eléctrica, seguridad ciudadana, salud y recreación, etc.

9.- **Coordinación.**- La participación de cada uno de los órganos del Estado no es solo incluyente de las ciudadanas y de los ciudadanos, sino que también hace partícipes en un conglomerado común de políticas estatales a los demás órganos estatales, para trabajar en un régimen común de desarrollo, en donde los órganos de la recaudación de los ingresos coordinen sus gestiones con los órganos que controlan y manejan el gasto público. De esta manera el buen vivir en su real dimensión, tendrá un objetivo común, para no desgastar las actividades de cada órgano en temas que no vayan de la mano o no estén mancomunados en sus objetivos.

10.- **Participación.**- Nada más importante que la intervención directa de las ciudadanas y de los ciudadanos como dejó explicado, en la toma de decisiones, en la conformación de los actos administrativos de carácter general que apliquen los derechos fundamentales de las personas. Para lograr la legitimación de las acciones públicas en la actuación que de otro lado, debe cumplir el administrado.

11.- **Planificación.**- Las acertadas decisiones obedecen a fórmulas planteadas con anticipación con prevención en el ejercicio de la función pública que prevean para un ejercicio económico el accionar de determinado órgano, que busque incluso la planificación nacional del régimen de desarrollo, para el cumplimiento del Plan Anual de desarrollo.

12.- **Transparencia.**- Cada actuación de la administración pública y de los servidores administrativos debe precautelar el derecho de libertad de la ciudadana y del ciudadano, para lo cual toda actuación administrativa que afecte directamente un derecho, ya cuando se habla del acto administrativo propiamente dicho, debe ser de acceso al interesado.

13.- **Evaluación.**- Cualquier organización que se precie de técnica debe ser solícita en el elemento principal de su estructura: el talento humano, que es la sangre vital de este ejercicio, sin un elemento técnico y eficiente, éticamente capaz de sobrellevar las altas responsabilidades del estado, puede ser incapaz de producir el cambio que se espera. Para ello, uno de los mecanismos

de calificación de su idoneidad tanto en su reclutamiento como en la prosecución de sus actividades para asegurar su estabilidad es la evaluación de sus competencias, destrezas y habilidades, lo que debe ser permanente y periódico, para asegurar el buen servicio a la colectividad.

Lo expuesto nos lleva a repensar los modelos de gestión que deben preceder a las organizaciones públicas, no sólo atado al cambio tecnológico y de infraestructura física, sino a la cultura de la sabiduría predominante en el servicio público; pues nadie que no se encuentre calificado puede prestar un servicio público.

## V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una visión futurista de otro tiempo, dirán aquellos que han escuchado con atención esta ponencia, pero si nos pensamos más allá de lo que tenemos, y miramos hacia el país de nuestras hijas y de nuestros hijos, no habremos abierto el camino a la constitucionalización de los derechos en el derecho administrativo, ni al respeto del fin del nuevo estado constitucional de derechos y justicia, que busca el respeto y la paz social.

Es menester entonces, replantear el papel del administrador público, tomando en cuenta los nuevos postulados de la escuela garantista actual,

buscar el salto dialéctico a un régimen de desarrollo priorizando la participación en la toma de decisiones, para alcanzar la democratización del estado.

En lo que se refiere al servicio público, éste se ensancha en cuanto a su alcance y dimensión cada vez pues lo que pretende hoy el estado es priorizar los sectores estratégicos, solventar al estado con la economía popular y solidaria, pues se abre la participación del estado a otros sectores de la economía, en búsqueda del *sumak kawsay*.

El sistema garantista es ahora el medio para alcanzar la justicia social y la equidad, que toma forma en el derecho administrativo más que en otro, pues es aquí que se han establecido efectivamente las medidas afirmativas de protección de los principios rectores fundamentales, en temas como en contratación pública, con la protección a la microindustria nacional, a las PYMES, ferias inclusivas para acercar a los artesanos; etc.

El garantismo es una realidad en el derecho administrativo, tenemos entonces en desarrollo un Neoadministrativismo que comienza la carrera para posicionar la ciencia de la hacienda pública y de la función pública en el estado, para reflejar la justicia social y el derecho en pro de la defensa de nuestros derechos fundamentales.

## 2. INVESTIGACIÓN

### 2.1. Investigación 1: JUBILACIÓN PATRONAL EN EL ECUADOR<sup>40</sup>

**Dr. Patricio Muñoz Valdivieso,**  
Área Laboral

Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas

#### 1.- INICIOS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EN ECUADOR:

Se puede decir que a partir de la transformación política o revolución del 09 de julio de 1925 se empieza a legislar y reglamentar de manera relativamente importante y trascendente la relación capital-trabajo asalariado desde un punto de vista social como hoy lo entendemos<sup>41</sup>, lo que no quiere decir que antes no hayan existido normas que ya regulaban las relaciones laborales en temas muy puntuales, como: 1) la ley o decreto legislativo de 11 de septiembre de 1916 que estableció la jornada laboral máxima de 8 horas diarias<sup>42</sup> durante el régimen de Alfredo Baquerizo Moreno, 2) la ley de indemnización pecuniaria en caso de accidentes de trabajo en beneficio a los jornaleros u obreros<sup>43</sup> dictada en 1918<sup>44</sup> también bajo ese gobierno, o bien, 3) la ley sobre accidentes de trabajo de 1922<sup>45</sup> dictada en la administración de José Luis Tamayo Terán.

Esa relación capital-trabajo asalariado era minoritaria respecto al conjunto de mecanismos de retención de la fuerza laboral empleados en la serranía y en el litoral, de allí que una de las primeras medidas a nivel administrativo adoptadas por el julianismo fue la creación del Ministerio de Previsión Social y Trabajo realizada por la llamada primera junta de gobierno provisional el 13 de julio de 1925.

Posteriormente, varias leyes más emitidas por el gobierno provisional o dictadura de Isidro Ayora Cueva se unieron a las indicadas para formar el acervo que se constituyó en el basamento en torno al cual giró el ordenamiento jurídico legal hasta la promulgación del Código del Trabajo<sup>46</sup>. Ese nuevo tramo de nuevas leyes y disposiciones que llegaron para paliar esa notoria deficiencia que la legislación civil no contemplaba en ese ámbito, tuvo como arranque: 4) la creación en 1926 de la Inspección General del Trabajo para conocer por primera vez de la tramitación administrativa de

<sup>40</sup> Estudio realizado a solicitud de la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, 06 de julio del 2012.

<sup>41</sup> Richard L. Milk Ch., *Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración*, Quito, 1997, pp. 24

<sup>42</sup> Juan J. Paz y Miño Cepeda, *Trabajadores e Identidad Nacional*, en *Boletín Electrónico*, Taller de Historia Económica -T.H.E.-, Facultad de Economía - PUCE, Quito, Junio-julio de 2006 - Año VII - No. 08

<sup>43</sup> R.O. 738, 1928-09-10

<sup>44</sup> Richard L. Milk Ch., *Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración*, Quito, 1997, pp. 182

<sup>45</sup> Juan J. Paz y Miño Cepeda, *Trabajadores e Identidad Nacional*, en *Boletín Electrónico*, Taller de Historia Económica -T.H.E.-, Facultad de Economía - PUCE, Quito, Junio-julio de 2006 - Año VII - No. 08

<sup>46</sup> Richard L. Milk Ch., *Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración*, Quito, 1997, pp. 24

las controversias entre patronos y trabajadores<sup>47</sup>; contaba ésta dentro de su estructura administrativa con la existencia de varios inspectores zonales; a la que siguió: 5) el 4 de marzo de 1927 la firma de la Ley de prevención de accidentes de trabajo<sup>48</sup>.

El día 6 de octubre de 1928, Ayora suscribió en paquete varias normas de la misma índole: 6) la ley sobre contrato individual de trabajo<sup>49</sup> que no contemplaba la modalidad de trabajo agrícola<sup>50</sup>; 7) la ley de la duración máxima de la jornada de trabajo y de descanso semanal que confirmó el establecimiento de la jornada laboral de 8 horas diarias y por primera vez estableció un día de descanso obligatorio<sup>51</sup> para todos, el que generalmente era el domingo exceptuando ciertas actividades, con lo que quedó derogada la mentada ley de 11 de septiembre de 1916 que había establecido tan solo la jornada máxima de 8 horas diarias; 8) la ley sobre trabajo de mujeres y menores y de protección de la mujer trabajadora embarazada<sup>52</sup>; 9) la ley de desahucio del trabajo reformada en 1936, 1937 y enero de 1938 en la dictadura de Federico Páez<sup>53</sup>; 10) la ley sobre responsabilidad por accidentes del trabajo; 11) la ley de procedimiento para las acciones provenientes de reclamos laborales<sup>54</sup> las que debían ser conocidas y juzgadas por los comisarios nacionales de trabajo que tenían jurisdicción cantonal<sup>55</sup> o bien por la primera autoridad policial del cantón en caso de no haber comisario<sup>56</sup> lo que sucedió frecuentemente hasta por lo menos octubre de 1935 cuan-

do el gobierno de Páez impulsó el funcionamiento de las señaladas comisarías<sup>57</sup>. Parcialmente, se obtenía el propósito -tardíamente conseguido- de limitar la jurisdicción civil y policial.

La Constitución de 1929 consolidó muchos de los logros sociales alcanzados con la revolución juliana, extendió algunos beneficios en favor de los trabajadores, a la vez que regulaba y controlaba la participación de los grupos obreros en asuntos del país: una manera fue el otorgamiento de representación en la cámara del senado al más puro estilo corporativo, se creó entonces las senadurías funcionales, y dos de ellas correspondieron a los trabajadores (uno por el litoral y otro por la sierra). También en la carta constitucional se les otorgó el derecho a la huelga y el derecho a la sindicalización.

En el período constitucional de Ayora se legisló por el Congreso: 12) la ley el 13 de octubre de 1930 que estableció el horario de 44 horas semanales de trabajo solamente para las oficinas de servicios político-administrativos y judiciales, determinándose que la jornada diaria sería de 8 horas de lunes a viernes, de 4 horas en la mañana del sábado y que obligatoriamente el domingo sería día de descanso semanal, además de los días de fiesta cívica nacional, jueves y viernes santo, difuntos, navidad y año nuevo<sup>58</sup>.

En 1934 se decretó legislativamente en Ecuador: 13) el "sábado inglés" pagado<sup>59</sup> que consistía

<sup>47</sup> Eduardo Muñoz Borrero, En el Palacio de Carondelet, 1981, pp. 375-389

<sup>48</sup> R.O. 282, 1927-03-11

<sup>49</sup> R.O. 763, 1928-10-07

<sup>50</sup> Informe del Tte. Cnel. S. Virgilio Guerrero, ministro de previsión social, asistencia pública, trabajo, agricultura, industrias y colonización a la Asamblea Nacional Constituyente, 10 de agosto de 1937, en Gustavo Pérez Ramírez, "Virgilio Guerrero, protagonista de la revolución juliana, su praxis social", colección testimonio N° 2, Academia Nacional de Historia, 2003, pp. 193 y sigs.

<sup>51</sup> Juan J. Paz y Miño Cepeda, Trabajadores e Identidad Nacional, en Boletín Electrónico, Taller de Historia Económica -T.H.E.-, Facultad de Economía - PUCE, Quito, Junio-julio de 2006 - Año VII - N° 08.

<sup>52</sup> Llamada realmente "Ley sobre el trabajo de mujeres y menores y de protección de la maternidad" (R.O. 763, 1928-10-07). No la dictó la Asamblea Constituyente de ese año ya que aquella se reunió desde el 9 de octubre (Milton Luna Tamayo, Trabajo infantil y educación en el primer código de menores en el Ecuador, 1900-1940, en Procesos, Revista Ecuatoriana de Historia N° 28, Quito, 2008, p. 73)

<sup>53</sup> Luis Jaramillo Pérez, Panorama normativo ecuatoriano en materia de trabajo, T. I, Quito, 1963, pp. 24

<sup>54</sup> Llamada "Ley de procedimiento para las acciones provenientes del trabajo" (R.O. 763, 1928-10-07); seguridad social ecuator obj03\_act01\_2010\_mar\_placoss\_ss\_ecuador.ppt

<sup>55</sup> R.O. 362, 1930-07-02

<sup>56</sup> R.O. 763, 1928-10-07

<sup>57</sup> Informe del Tte. Cnel. S. Virgilio Guerrero, ministro de previsión social, asistencia pública, trabajo, agricultura, industrias y colonización a la Asamblea Nacional Constituyente, 10 de agosto de 1937, en Gustavo Pérez Ramírez, "Virgilio Guerrero, protagonista de la revolución juliana, su praxis social", colección testimonio N° 2, Academia Nacional de Historia, 2003, pp. 193 y sigs.

<sup>58</sup> R.O. 454, 1930-10-21; Richard L. Milk Ch., Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración, Quito, 1997, pp. 24

<sup>59</sup> Juan J. Paz y Miño Cepeda, Trabajadores e Identidad Nacional, en Boletín Electrónico, Taller de Historia Económica -T.H.E.-, Facultad de Economía - PUCE, Quito, Junio-julio de 2006 - Año VII - N° 08

en una mañana laborable y una tarde de descanso, aunque bien podía trocarse por otro día de la semana en las mismas condiciones. Sin embargo, Páez lo reformaría posteriormente el 10 de diciembre de 1936 restringiendo solo al sábado.

En el régimen de Páez se dictó: 14) la Ley Orgánica del Trabajo en la que se contempló la creación de otros órganos reguladores como la Dirección General del Trabajo, la Subdirección del Trabajo del Litoral, además de las ya existentes inspectorías y comisarías del trabajo; 15) se reformó la ley de procedimiento para las acciones provenientes de reclamos laborales, incorporándose la figura de la conciliación y ampliando las garantías para el ejercicio del derecho a la defensa; 16) el 31 de julio de 1936 se dictó la ley de huelgas, derecho reconocido solamente para los obreros; 17) el 9 de junio de 1937 en decreto supremo se dispuso el pago de los obreros a jornal del salario íntegro por los días feriados excepto si hubiesen caído en domingo; 18) la ley de fijación de un salario mínimo<sup>60</sup>.

Todavía habrá que esperar para que se reglamente la contratación y los conflictos colectivos de trabajo hasta el Código del Trabajo, estatuto que demarcó y demarca los límites en que puede desenvolverse la acción laboral y la protesta sindical en la institucionalidad estatal, puesto que determinaba y determina su legalidad o ilegalidad.

En efecto, el Código de Trabajo fue publicado el 17 de noviembre de 1938 tras haber recibido el veto favorable del jefe supremo general Alberto Enríquez Gallo mediante Decreto Supremo de 5 u 8 de agosto de ese año, y ratificación posterior dada el 11 de octubre por la asamblea constituyente de entonces reunida en Ambato, validación que fue necesaria hacerla por cuanto Enríquez Gallo renunció en el ínterin, exactamente en septiembre. El camino hacia su publicación estuvo rodeado de distintos incidentes e incluso hubo varios intentos iniciales para anularlo.

El anteproyecto del Código Laboral que fue presentado a la asamblea constituyente de 1938 había sido elaborado por los socialistas que participaron en el congreso obrero inaugurado el 15 de julio de ese mismo año y reunido por dos semanas también en Ambato, paralelamente a los constituyentes. Previamente había sido debatido en ese congreso de trabajadores y con su aquiescencia pudo llegar al seno de los representantes constituyentes. El proyecto se basó en el código mexicano y a su normativa se combinó precedentes legislativos nacionales. La propuesta recopilaba y reconocía los derechos consagrados en anteriores leyes<sup>61</sup> que quedaron derogadas.

Inclusive el Código de Menores surgió en ese mismo año con el objetivo sobretodo de proteger a los hijos de los obreros. Hay que recordar que “bajo el prisma de “lo obrero”, el Estado y la sociedad reflexionaron y “atendieron” a los otros sectores sociales: los pobres de la ciudad, las clases medias empobrecidas, los inmigrantes, los soldados y los indios, a quienes se invocó más bien como campesinos. En todo caso, “lo obrero” marcó una ambigua huella urbana en las políticas sociales del periodo, entre las que se cuentan a las de los menores de edad.

Como ejemplo de todo esto podemos ver cómo los intelectuales del período ponían en un solo saco, “clase obrera”, a todos los pobres de la sociedad. Así el doctor Pablo Arturo Suárez definía tres tipos de clases obreras urbanas. La clase obrera A eran: “jornaleros, cargadores, vendedores ambulantes de comestibles, pequeños oficiales de taller, barrenderos, albañiles, lavanderas”. La clase obrera B estaba compuesta por: “albañiles, oficiales de taller, artesanos modestos, pequeños empleados de administración pública (únicos beneficiarios en esta categorización del primer sistema de seguro social que ese estructuró como se verá) y privada, comerciantes de ínfima categoría, trabajadores industriales en un 30%”. La clase obrera C eran “obreros industriales, (...) que trabajaban en talleres como maestros, jefes

<sup>60</sup> Informe del Tte. Cnel. S. Virgilio Guerrero, ministro de previsión social, asistencia pública, trabajo, agricultura, industrias y colonización a la Asamblea Nacional Constituyente, 10 de agosto de 1937, en Gustavo Pérez Ramírez, “Virgilio Guerrero, protagonista de la revolución juliana, su praxis social”, colección testimonio N° 2, Academia Nacional de Historia, 2003, pp. 193 y sigs.

<sup>61</sup> Richard L. Milk Ch., Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración, Quito, 1997, pp. 24

dueños (...) que trabajaban en la manufactura de comestibles en muy pequeña escala (...).<sup>62</sup>

## 2.- LA JUBILACIÓN Y SU VINCULACIÓN INMEDIATA CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

El 8 de marzo<sup>63</sup> de 1928<sup>64</sup> se dio los primeros pasos para estructurar moderna y sosteniblemente un sistema de seguridad social, existente de manera embrionaria desde 1897 en el país, cuando bajo la presidencia provisional de Ayora el dictador dictó la “Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa”<sup>65</sup>, seguida en ese mismo año de la fundación de su principal herramienta la Caja de Pensiones<sup>66</sup> prevista en esa norma<sup>67</sup> (reformada el 11 de septiembre<sup>68</sup> y 3 de octubre<sup>69</sup>). Se recogió en aquella muchos de los principios y reglas básicas constantes en una serie de dispersas normas que ya legislaban parte de esa temática (jubilaciones por retiro por haber transcurrido un determinado tiempo de trabajo o edad o por invalidez causada por enfermedad o accidente para trabajadores postales, telegrafistas, profesores, judiciales y oficialidad militar y policial<sup>70</sup> y uno que otro agraciado especial que haya cumplido un distinto empleo, y montepío militar). Paradójicamente esa ley reforzó el am-

paro, a través de la introducción de nuevas instituciones tales como el montepío civil, acceso al ahorro y crédito y la indicada caja, de los grupos mencionados<sup>71</sup> que parcialmente ya se encontraban protegidos a través de esa señalada serie de disposiciones anteriores, beneficios que se extendieron a los restantes empleados públicos, conjuntos todos que formaban parte de las “clases medias” y que antes no habían sido tomados en cuenta. Los jornaleros u obreros no fueron incluidos en este sistema de seguridad social pues para ellos se aplicaba su ya mencionada propia ley de indemnización pecuniaria en caso de accidentes de trabajo<sup>72</sup> de 1918<sup>73</sup>.

Para los oficiales militares, además, continuaron vigentes sus propias normas de seguridad social tal como: las leyes de montepío militar de 1897, octubre de 1921 y 2 de agosto de 1926<sup>74</sup>, la ley sobre terminación del servicio activo para los oficiales del ejército permanente y sobre las pensiones de retiro de 31 de octubre de 1912, de ley de retiro militar de 4 de noviembre de 1913<sup>75</sup>, la ley orgánica militar de noviembre de 1927<sup>76</sup>, la ley de planta y sueldos del personal del ejército permanente de 23 de diciembre de 1927<sup>77</sup>, la ley de planta y sueldos del personal de la armada nacional de 31 de diciembre de ese año<sup>78</sup>. Para

<sup>62</sup> Milton Luna Tamayo, Trabajo infantil y educación en el primer código de menores en el Ecuador, 1900-1940, en Procesos, Revista Ecuatoriana de Historia N° 28, Quito, 2008, p. 59; Pablo Arturo Suárez, Contribución al estudio de las realidades de las clases obreras y campesinas, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1934.

<sup>63</sup> No es mayo

<sup>64</sup> Decreto Ejecutivo N° 18 publicado en el Registro Oficial N° 590 del 13 de marzo de ese mismo año (Efrén Avilés Pino, [www.encyclopediadelecuador.com](http://www.encyclopediadelecuador.com)); R.O. 690, 1928-07-13

<sup>65</sup> También llamada Ley de Jubilación, Montepío, Ahorro y Crédito en Richard L. Milk Ch., Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración, Quito, 1997, pp. 24.

<sup>66</sup> La Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militar, Ahorro y Cooperativa se la concibió como una institución de crédito con personería jurídica, organizada de conformidad con la Ley mencionada. La Ley consagró a la Caja de Pensiones como entidad aseguradora con patrimonio propio, diferenciado de los bienes del Estado, con aplicación en el sector laboral público y privado. Su objetivo fue conceder a los empleados públicos, civiles y militares, los beneficios de Jubilación, Montepío y Fondo Mortuario. En octubre de 1928, estos beneficios se extendieron a los empleados bancarios y de seguros privados (estudio realizado por Julia Romero, MJE-CEOSL, diciembre 2004) siempre y cuando quisieran acogerse a ellos como se verá.

<sup>67</sup> R.O. 590, 1928-03-13; <http://rodriguezlabandera.org/fechashistoricas/marzo.html>

<sup>68</sup> R.O. 750, 1928-09-24

<sup>69</sup> R.O. 763, 1928-10-07

<sup>70</sup> R.O. 539, 1928-01-13

<sup>71</sup> Milton Luna Tamayo, Trabajo infantil y educación en el primer código de menores en el Ecuador, 1900-1940, en Procesos, Revista Ecuatoriana de Historia N° 28, Quito, 2008, p. 63

<sup>72</sup> R.O. 738, 1928-09-10

<sup>73</sup> Richard L. Milk Ch., Movimiento obrero ecuatoriano: el desafío de la integración, Quito, 1997, pp. 182

<sup>74</sup> R.O. 382, 1930-07-26

<sup>75</sup> R.O. 382, 1930-07-26

<sup>76</sup> R.O. 484, 1927-11-11; R.O. 501, 1927-12-01

<sup>77</sup> R.O. 522, 1927-12-26; R.O. 26, 1926-05-04; R.O. 16, 1926-04-21; R.O. 55, 1926-06-11

<sup>78</sup> R.O. 534, 1928-01-07

los oficiales policías<sup>79</sup>, además, la ley especial de 20 octubre de 1908<sup>80</sup> sobre recompensas a oficiales y agentes de la policía. Para los telegrafistas y trabajadores postales así mismo regía su propia ley de jubilación de 1905 reformada en 1912<sup>81</sup> y 1918<sup>82</sup>. Para los profesores regían también en materia de jubilación la ley de jubilaciones de 30 de octubre de 1917<sup>83</sup> y la ley de enseñanza superior de 6 de octubre de 1925. Para los judiciales también lo dispuesto en la ley orgánica del poder judicial y sus reformas de 16 de octubre de 1916<sup>84</sup> y 1923<sup>85</sup>.

En octubre de 1935 en el gobierno de Páez se dictó la Ley del Seguro Social Obligatorio y se creó el Instituto Nacional de Previsión, órgano superior del Seguro Social que comenzó a desarrollar sus actividades el 1º de mayo de 1936<sup>86</sup>.

El Ecuador adoptó el sistema de seguridad social originado en 1883 en la Alemania gobernada por el canciller Otto von Bismarck<sup>87</sup>, bajo cuyo régimen en 1889 se dictó una ley que instauró el primer sistema obligatorio de jubilación para los obreros.

En la cercanía geográfica, habría que esperar hasta septiembre de 1942 para que los estados americanos formulen recién recomendaciones sobre el reconocimiento y protección del derecho a la jubilación. En la Declaración de Santiago de Chile, producto de la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social<sup>88</sup>, se estableció que: “cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus

generaciones activas, preparar el camino a las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Este es el sentido de la Seguridad Social: una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos”.<sup>89</sup>

### 3.- PAUTAS EVOLUTIVAS DE LA JUBILACIÓN PATRONAL:

El análisis de la jubilación patronal en el país puede desprenderse de su origen que se remonta al año 1905 cuando los telegrafistas y trabajadores postales obtuvieron se reconozca su derecho a la jubilación obligatoria por parte de su patrono que era el Estado. Luego conseguirían tal reconocimiento por parte de ese mismo ente: la oficialidad policial en 1908, la oficialidad militar en 1912, los empleados judiciales en 1916 y los profesores en 1917, hasta hacerse extensivo en marzo de 1928 tal beneficio a todos los empleados públicos.

Bajo las circunstancias políticas del momento revolucionario juliano, en octubre de ese último año por primera vez un patrono privado fue apremiado a conceder la jubilación obligatoriamente: los bancos respecto de sus empleados para los que se creó un fondo especial de ahorro dentro de la Caja de Pensiones separado del de los empleados públicos. A su vez los empleados bancarios fueron los primeros trabajadores particulares a los que se les hizo prolongable todos los beneficios de la indicada ley de marzo de 1928 siempre y cuando quisieren acogerse pues de no hacerlo se les

<sup>79</sup> R.O. 481, 1930-11-22

<sup>80</sup> R.O. 240, 20-6-1925

<sup>81</sup> R.O. 46, 1926-05-29

<sup>82</sup> Más detalles sobre el desarrollo de la seguridad social en el estudio realizado por Julia Romero, MJE-CEOSL, diciembre 2004; ampliado por Víctor Eduardo Chocho Sánchez, <http://www.monografias.com/>. También en seguridad social ecuador obj03\_act01\_2010\_mar\_placoss\_ss\_ecuador.ppt

<sup>83</sup> R.O. 399, 1930-08-16

<sup>84</sup> R.O. 132, 12-02-1925

<sup>85</sup> Más detalles sobre el desarrollo de la seguridad social en el estudio realizado por Julia Romero, MJE-CEOSL, diciembre 2004; ampliado por Víctor Eduardo Chocho Sánchez, <http://www.monografias.com/>. También en seguridad social ecuador obj03\_act01\_2010\_mar\_placoss\_ss\_ecuador.ppt

<sup>86</sup> Más detalles sobre el desarrollo de la seguridad social en el estudio realizado por Julia Romero, MJE-CEOSL, diciembre 2004; ampliado por Víctor Eduardo Chocho Sánchez, <http://www.monografias.com/>. También en seguridad social ecuador obj03\_act01\_2010\_mar\_placoss\_ss\_ecuador.ppt

<sup>87</sup> [www.cib.espol.edu.ec/Digipath/D\\_Tesis\\_PDF/D-33584.pdf](http://www.cib.espol.edu.ec/Digipath/D_Tesis_PDF/D-33584.pdf): CAPITULO I: 1. ASPECTOS GENERALES DE LOS SISTEMAS DE FONDO DE PENSIONES PÚBLICA Y PRIVADA

<sup>88</sup> OIT, Proyecto “Seguridad Social para Organizaciones Sindicales – SSOS”, 2007, p. 12, [www.oit.org.pe/ssos](http://www.oit.org.pe/ssos)

<sup>89</sup> [www.cib.espol.edu.ec/Digipath/D\\_Tesis\\_PDF/D-33584.pdf](http://www.cib.espol.edu.ec/Digipath/D_Tesis_PDF/D-33584.pdf): CAPITULO I: 1. ASPECTOS GENERALES DE LOS SISTEMAS DE FONDO DE PENSIONES PÚBLICA Y PRIVADA

vedaba el acceso a otras prestaciones que solo hubieran podido disfrutar los empleados públicos<sup>90</sup>.

El pago de la jubilación que hasta octubre de 1935 era una obligación a cargo únicamente del empleador dejó de ser la regla general tras la aprobación de la indicada Ley del Seguro Social Obligatorio. Solamente en 1938 fue necesario recrear a la jubilación patronal bajo una nueva concepción, incluyéndola en el Código del Trabajo como una disposición transitoria que hacía viable un tratamiento justo para aquellos trabajadores antiguos que fueron excluidos del régimen de Seguridad Social que se creó tres años antes y que por lo tanto les hubiera correspondido esperar 35 años de afiliación y 55 años de edad para alcanzar el derecho a la jubilación dentro de ese sistema creado<sup>91</sup>. Esta institución jurídica en mención protectora de aquellos individuos entró en vigencia a partir del 17 de noviembre de aquel año cuando fue publicado el citado Código.

La norma transitoria previó una primera regla (Art. 216 CT): que la pensión jubilar patronal se debía determinar siguiendo las normas fijadas por la entonces Caja del Seguro -hoy Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social- para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938, y que el haber individual de jubilación debía calcularse en base a las siguientes partidas que lo componían: a) el Fondo de Reserva, b) más una cantidad equivalente al 5% del promedio de la remuneración anual percibida en los últimos 5 años, multiplicada por los años de servicio, c) más una suma equivalente al valor de una mensualidad por cada año de servicio anterior a 1938.

Luego, una vez aplicado el coeficiente según la edad (Art. 218 del CT, antes 224) y permanencia del jubilado a la masa que conforma el haber individual de jubilación, derivaba y deriva en una cifra mensual razonable. De ese monto total, conforme los incisos segundo y tercero de la regla

cuarta del Art. 216 del CT, debía y debe rebajarse todo lo que el empleador había y ha depositado en la Caja de Seguro -actual IESS- como aporte patronal para el fondo de pensiones, y los valores depositados por el fondo de reserva, ya sea que esto último se haya consignado en la Caja del Seguro o IESS o se lo haya entregado directamente al trabajador.

A pesar de que en muchos casos sea atinada la opinión vertida en el estudio hecho por el CEA sobre que la demagogia e irresponsabilidad han caracterizado al régimen de Seguridad Social<sup>92</sup>, sin embargo, ese artículo no avizoró que no se podía considerar como engañoso ni irresponsable que una disposición transitoria como era la recreación de la jubilación patronal se haya incorporado como un título del Código del Trabajo, puesto que el hecho gravitante que determinó que se ampliara la permanencia de tal institución en la ley laboral se circunscribió a la protección que se debía brindar a los trabajadores que al momento de jubilarse no estuvieran afiliados al Seguro Social como bien se señala en el inciso segundo de la regla cuarta del actual artículo 216 del CT. En principio, la idea del establecimiento de la jubilación patronal en el código laboral, fue que esa disposición transitoria no debía aplicarse más allá del año 1973 si calculamos 1938 -año de promulgación del CT- más 35 años de trabajo: 1973; y como mucho hasta fines de la mitad de la década de los 70 o principios de la década de 1980 si consideramos el requisito de edad<sup>93</sup>.

Posteriormente, si bien se mantenían las reglas y coeficientes para el cálculo del haber individual de jubilación, estas quedaron radicalmente alteradas al reformarse la regla segunda que únicamente preveía un techo, es decir, que en ningún caso la pensión mensual de jubilación podría ser mayor que el sueldo o salario medio del último año, así se empezó a dar los primeros pasos para crear un piso del que antes carecía. De esa forma se decidió incorporar a esta institución jurídica laboral un elemento que ya estaba regulado en

<sup>90</sup> R.O. 763, 1928-10-07

<sup>91</sup> El Universo, 2001-03-26: estudio realizado por el Centro de Estudios y Análisis de la Cámara de Comercio de Quito (CEA)

<sup>92</sup> El Universo, 2001-03-26: estudio realizado por el Centro de Estudios y Análisis de la Cámara de Comercio de Quito (CEA)

<sup>93</sup> Mucho más allá de la década de los años 1950 como se ha escrito en la tesis del CEA

el código laboral para la fijación de salarios, es decir, la existencia de una base mínima. Cronológicamente se conoce que:

1) Antes del Decreto Supremo N° 2225 de 31 de enero de 1978 publicado en el R.O. 529 de 20 de febrero de ese año, aún no existía tal piso mínimo para la jubilación patronal.

En el indicado Decreto Supremo de alguna manera se creó tal piso al regular que las pensiones jubilares patronales de los trabajadores en general de: a) hasta 1.000 sucres se debían incrementar en 250 sucres más, b) de más de 1.000 sucres y hasta 3.000 sucres se debían incrementar en 200 sucres más, y, c) de más de 3.000 sucres se debían incrementar en 150 sucres más.

De ello se deduce que por lo menos se estableció una pensión mínima jubilar patronal de 1.200 sucres conforme el literal b) solamente para los jubilados patronales que se encontraban en ese rango de percepción de pensiones jubilares patronales, quedando excluidos los demás jubilados patronales que ganaban menos de 1.000 sucres de la posibilidad que su pensión tenga un mínimo.

Se establecía como excepción que estas disposiciones no serían aplicables cuando la jubilación patronal se la haya determinado expresamente en la contratación colectiva; y, para fines operativos, en caso de que los empleadores tuvieran contrato con el Seguro Social, se determinaba que aquellos debían depositar los valores necesarios en concepto de reserva matemática para proteger el pago de la jubilación patronal a fin de que el Seguro Social pueda seguir atendiendo con ese beneficio.

2) Por primera vez de manera clara, en la Ley de 8 de octubre de 1979 publicada en el R.O. 68 de 19 de noviembre del mismo año, se normó en el inciso segundo del Art. 4 que no podían las pensiones jubilares patronales de quienes únicamente percibieren jubilación patronal ser inferiores a la remuneración mínima vital.

Además, se creó, en el Art. 5 de la señalada Ley, la décima quinta pensión para los jubilados patronales, a ser pagada con sujeción a la escala establecida en el Decreto 3402 publicado en el R.O. 810 de 10 de abril de 1979.

3) Se continuó avanzando en la materia, así es como por Ley N° 108 de 26 de octubre de 1982, publicada en Registro Oficial 363 de 8 de Noviembre de 1982, se dispuso en el Art. 5 que: "Los trabajadores que al momento de la expedición de la presente Ley se encuentran gozando de doble jubilación, en ningún caso dejarán de percibir, por concepto de jubilación patronal, una cantidad inferior al cincuenta por ciento del salario mínimo vital."

4) Por Ley N° 133, publicada en Registro Oficial Suplemento 817 de 21 de Noviembre de 1991, se reformó el texto de la regla segunda del art. 221 (actual 216 y antes también numerado como 219) del CT, recogiendo lo considerado en el inciso segundo del Art. 4 de la Ley de 8 de octubre de 1979 publicada en el R.O. 68 de 19 de noviembre del mismo año y lo dispuesto en el Art. 5 Ley No. 108 de 26 de octubre de 1982, publicada en Registro Oficial 363 de 8 de Noviembre de 1982, legislándose que el piso no podía ser "ni inferior a un sueldo o salario mínimo vital general, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o al cincuenta por ciento de dicho sueldo o salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación." Quedó entonces redactada la regla segunda de la siguiente manera: "2a.- En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año, ni inferior a un sueldo o salario mínimo vital general, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o al cincuenta por ciento de dicho sueldo o salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación."

5) En la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Trolebús o Trole I) publicada en el R.O.S. 34 de 13 de marzo del 2000 se dispuso incluir el actual artículo 133 del CT<sup>94</sup> en el que se determinó que para calcular la jubilación

<sup>94</sup> "Art. 133.- Salario mínimo vital general.- Mantiénesse, exclusivamente para fines referenciales, el salario mínimo vital general de cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 4.00), el que se aplica para el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados de los trabajadores públicos y privados mediante leyes especiales y convenios individuales colectivos; sanciones o multas; impuestos y tasas;

patronal se debía tomar como referencia el salario mínimo vital general de cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 4.00).

6) Luego, en la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Trolebús o Trole II) publicada en el R.O.S. 144 de 18 de agosto del 2000 se reguló la norma anterior al disponer en su art. 189 que se modifique el art. 219 (actual 216) del CT<sup>95</sup>. Se introdujo como primer inciso del art. 189 que en el art. 219 de la ley de la materia laboral debía disponerse: “La regla dos dirá: “En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año, ni inferior a dos salarios mínimos vitales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o a un salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación”.

Es decir, que quien tenía derecho solo a la jubilación patronal recibiría por lo menos 8 dólares americanos y quien tenía derecho a la doble jubilación por lo menos recibiría 4 dólares americanos, lo que provocó se plantee una demanda de inconstitucionalidad sobre ese punto que fue aceptada.

7) Ese monto injusto para la determinación de la jubilación patronal fue anulado al declararse inconstitucional el texto de ese inciso primero del art. 189 de la ley mencionada por Resolución del Tribunal Constitucional N° 193, publicada en el Registro Oficial Suplemento 231 de 26 de Diciembre del 2000; y, en su lugar por Ley N° 42, publicada en Registro Oficial Suplemento 359 de 2 de Julio del 2001, quedó el art. 219 (actual 216) del CT de la forma como consta en la nota de página<sup>96</sup>, de tal manera que el texto del inciso primero, actualmente vigente, dice: “2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica mínima unificada<sup>97</sup> medio del último año ni inferior treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación”, aunque claro por primera vez se establece una excepción de la que se hicieron beneficiarios los municipios y consejos provinciales.

8) En todo caso, en la misma Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana

---

cálculo de la jubilación patronal; o, para la aplicación de cualquier disposición legal o reglamentaria en la que se haga referencia a este tipo de salario.”

<sup>95</sup> Art. 189.- En el artículo 219 introdúcese las siguientes modificaciones: “La regla dos dirá: “En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año, ni inferior a dos salarios mínimos vitales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o a un salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación”. Al final de la regla tercera del artículo 219, elimínese la conjunción “y” y agréguese los dos siguientes incisos: “o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo o salario mínimo sectorial unificado que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio.”. Al final de este artículo agréguese un inciso que diga: “El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y”.

<sup>96</sup> En la indicada Ley 42 se componía de dos incisos el texto de la actual regla segunda: “2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica mínima unificada medio del último año ni inferior treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación. Exceptúase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.” Así, de esa manera quedó redactada la regla segunda, una vez que el Congreso, ante la declaratoria de inconstitucionalidad mencionada, presentó a consideración del Ejecutivo un proyecto de ley por la cual la pensión mensual de jubilación patronal en ningún caso sería inferior al sueldo o salario básico unificado si solamente existiera la jubilación del empleador o al 50% de dicho salario si fuere beneficiario de doble jubilación. El Gobierno objetó antes del 26 de marzo del 2001 la propuesta del Congreso que implicaba elevar por lo menos 24 veces esas bases y como alternativa señaló las bases mínimas de US\$ 20 y US\$ 30, según la pensión sea compartida con el IESS o únicamente patronal (El Universo, 2001-03-26: estudio realizado por el Centro de Estudios y Análisis de la Cámara de Comercio de Quito (CEA)), que es como se aprobó finalmente. Posteriormente, se le agregó como tercer inciso a la regla segunda en la codificación del Código del Trabajo publicada en el R.O.S 167 de 16 de diciembre de 2005, la disposición general introducida en la Ley N° 42, publicada en Registro Oficial Suplemento 359 de 2 de Julio del 2001, que dice: “Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.”, que originalmente se agregó como un artículo innumerado a continuación del 219.

<sup>97</sup> Existe una resolución constitutiva de precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia de 11 de noviembre de 2009 publicada en el Registro Oficial 81 de 4-XII-2009 que determina cuál es la diferencia entre salario mínimo vital general y salario básico unificado (o remuneración básica mínima unificada)

(Trolebús o Trole II) publicada en el R.O.S. 144 de 18 de agosto del 2000, se dispuso en el inciso cuarto del art. 189 que se añada un inciso segundo a la regla tercera en el que se determinaba y determina que, sin perjuicio de lo anterior, se fije un piso para la pensión jubilar patronal de acuerdo con su nivel de ingresos sectorial, es decir, que se reforzó el mínimo a percibir por concepto de jubilación patronal al incluir que: "el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio".

Por otro lado, en el Código del Trabajo de 1938 se hacía extensivo el beneficio del goce de la jubilación patronal por el lapso de un año a favor de los herederos del trabajador que hallándose en goce de su pensión, falleciere. Esa norma se encuentra vigente igual y corresponde al actual Art. 217.

En el año 1991 se amplió el espectro tutelar de la jubilación patronal: por la Ley N° 133, publicada en el Registro Oficial Suplemento 817 de 21 de Noviembre de 1991, se reformó el Código del Trabajo disponiéndose que el trabajador que hubiere cumplido 20 y menos de 25 años de trabajo de manera continuada o ininterrumpidamente a órdenes del mismo patrono y que fuere despedido intempestivamente, tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal<sup>98</sup>, norma contenida en el actual artículo 188 (antes 189) del CT.

En otro aspecto, se modificó la regla primera en la forma de calcular el haber individual jubilar al eliminarse un componente que lo integraba que era el literal c) de la regla primera del art. 219 (actual 216) del CT que decía: "c) Por una suma equivalente al valor de una mensualidad del sueldo o salario por cada año de servicio, computado de conformidad con los artículos 205 y 206", por haberse vuelto inaplicable -por la extinción de

los posibles reclamantes dado el transcurso del tiempo- lo considerado en los indicados artículos 205 y 206, también derogados, que se referían al derecho que tenía "El trabajador que antes del 17 de noviembre de 1938, hubiere prestado sus servicios por dos o más años a la misma empresa o empleador a quien sirviere actualmente" para que "se le pague la remuneración correspondiente a un mes por cada uno de esos años anteriores, siempre que fuere despedido intempestivamente o por desahucio, o se separe por una de las causas previstas en el artículo 173."

En otro ámbito, sin ser contradictorio con la naturaleza de tracto sucesivo y solución periódica propia de la jubilación, en tanto y en cuanto es considerada como una prestación social, tanto el beneficio de la pensión jubilar patronal vitalicia como la anualidad de muerte gozan de las siguientes garantías, tal como se legisla en la regla tercera:

1) Originalmente la regla tercera del Código del Trabajo de 1938 decía que: "El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en la Caja del Seguro -actual Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social- el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al patrono o empleador.

2) En el Art. 189 de la Ley 690 (Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana -Trolebús o Trole II-) publicada en el R.O.S. 144 de 18 de agosto del 2000, se determinó que la regla tercera del art. 219 (actual 216) del CT debía constar de dos incisos<sup>99</sup>, y al primero se le añadió como refuerzo garantista: "o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta."

3) En la codificación del Código de Trabajo

<sup>98</sup> El Universo, 2001-03-26: estudio realizado por el Centro de Estudios y Análisis de la Cámara de Comercio de Quito (CEA)

<sup>99</sup> Id. a la nota 5 Art. 189.-

publicada el 16 de diciembre de 2005 en el R.O. 167 al texto anterior de la regla tercera se le agregó como tercer inciso el que era cuarto inciso de la regla cuarta, es decir se lo cambió de lugar, y éste dice: "El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador".

Aunque claro tal convenio solo podrá operar siempre y cuando realmente garantice que el trabajador jubilado podrá subsistir con la cantidad determinada en el fondo global como se puede observar del criterio mayoritario vigente al momento, desde que la Primera Sala de lo Laboral y Social en su sentencia dictada el 26 de julio del 2007 dentro del juicio seguido por Teodoro Alejandro Tomalá Reyes contra la Compañía Fundiciones Industriales S.A. -FISA-, consideró "que el pago anticipado de la pensión jubilar patronal obtenido a través de cualquier tipo de acuerdo es procedente a todas luces siempre que la suma de dinero entregada al trabajador satisfaga el cumplimiento de sus necesidades mientras viva pues de lo contrario el jubilado tiene todo el derecho para demandar al empleador la solución de su pensión jubilar por el resto de tiempo de vida que le reste en virtud de la imprescriptibilidad de la acción para reclamar la jubilación patronal dispuesta en Resolución de obligatoria aplicación dictada por la Corte Suprema de Justicia el 15 de junio de 1989 y publicada en el R.O. No. 233 de 14 de julio del mismo año".<sup>100</sup>

De lo expuesto, se concluye que el fondo global al que se hace referencia, debe incluir todos los beneficios futuros en valor actual que hubiera tenido el jubilado hasta un año después de su fallecimiento, es decir los posibles incrementos de las pensiones mínimas, pago de las pensiones adicionales, incremento de la decimocuarta pensión y pago de la anualidad a sus herederos al momento de fallecer, caso contrario no se estaría cumpliendo con lo determinado en el Código del Trabajo.

En otro aspecto, tenemos que la Resolución N° 000167 del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos de 08 de mayo del 2002 absolvió que: "Conforme la disposición del Art. 94 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, la unificación e incorporación a las remuneraciones de los Décimo Quinto y Sexto Sueldos, se limita exclusivamente a los trabajadores del sector privado y no a los jubilados patronales debido a que en las mismas no se refiere a éstos últimos; por lo que, no habiendo derogatoria expresa, de los Art. 3 de la Ley Reformativa sobre el Décimo Quinto Sueldo y a las Leyes de Regulación Económica y Control del Gasto Público, de Fomento y de Desarrollo Seccional y 7 de la Ley que instituye el Décimo Sexto Sueldo, los jubilados patronales tienen derecho a seguir percibiendo el décimo Quinto Sueldo y la Décimo Sexta Pensión otorgada en su favor por las indicadas disposiciones; beneficios que serán calculados en la misma forma que los empleados privados venían percibiendo con anterioridad a la unificación salarial. Esta Resolución deja sin efecto todas las absoluciones anteriores que se haya emitido en sentido contrario."

Esta absolución de consulta se entiende aplicable tan solo a los pensionistas beneficiarios de jubilación patronal al 13 de marzo del 2000, pues aquellos nuevos jubilados que gocen de pensión jubilar patronal a partir de esa fecha, no tendrán derecho a la décima quinta y décima sexta pensiones, las mismas que ya están incorporadas en las pensiones mensuales, de acuerdo a la normativa legal vigente<sup>101</sup>.

### **3.- ALGUNAS REGULACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA RESPECTO DEL TEMA DE LA JUBILACIÓN PATRONAL:**

1) Frente a permanentes conflictos y consecuencias varias decisiones judiciales contradictorias respecto de si era procedente o no el goce de doble jubilación por parte del trabajador, se dictó

<sup>100</sup> Patricio Muñoz Valdivieso, Ilegalidad de transacciones sobre pago anticipado de pensiones jubilares patronales implica una renuncia encubierta de derechos del trabajador, en Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, N° 1, Corte Nacional de Justicia, diciembre del 2011, pp. 35-58

<sup>101</sup> Cálculo de reservas para jubilación patronal: <http://www.actuaria.com.ec/index.php/calculo-reservas-jubilacion>

una Resolución de carácter generalmente obligatorio por la Corte Suprema de Justicia de 18 de mayo de 1982, publicada en el R.O. 421 de 28 de enero de 1983, en que se señaló que cabía la doble jubilación, tanto del IESS como la patronal.

2) Así mismo, ante fallos judiciales contradictorios, se declaró imprescriptible el ejercicio de la acción para reclamar el derecho del trabajador, que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continuada o interrumpidamente, para beneficiarse con la jubilación patronal, a que se refiere el Artículo 221 (después 219 y actual 216) del Código del Trabajo, por Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 15 de junio de 1989 publicada en el Registro Oficial Suplemento 233 de 14 de Julio de 1989.

3) Al poco tiempo, por Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 19 de julio de 1989 publicada en el Registro Oficial 245 de 2 de Agosto de 1989, se determinó que en los casos en que el trabajador tuviere derecho a percibir pensión jubilar de su empleador, según lo preceptuado en el Artículo 221 (actual 216) del Código de Trabajo, el juez ordenará que dicha pensión se la pague a partir de la fecha en que terminó la relación laboral.

Esta reflexión primó en contraposición a la alegada excepción de prescripción extintiva de tal derecho que sostenía que no procedía el pago de la pensión jubilar patronal en cuanto a las pensiones dejadas de cobrar desde la conclusión de la relación laboral; pero que si era procedente respecto de todas las pensiones posteriores a su demanda.

#### **4.- IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN PATRONAL:**

Los derechos laborales son intangibles e irrenunciables conforme el art. 326 numeral 2 de la Constitución actual. No se dice nada respecto de

la prescripción para reclamarlos como si constaba hasta la anterior Constitución de 1998 en el Art. 35 numeral 4 en que se reconocía clara y expresamente que las acciones para reclamar los derechos laborales prescribirán en el tiempo señalado por la ley contado desde la terminación de la relación laboral<sup>102</sup>.

El Código del Trabajo indica que las acciones para reclamar los derechos de los trabajadores provenientes de los actos y contratos de trabajo están sujetos a la prescripción que constituye una institución expresamente reconocida por el ordenamiento legal (Art. 635 del Código del Trabajo, antes 632 y antes 611), como norma general; aceptando, sólo excepcional y expresamente en la ley de la materia, la imprescriptibilidad del derecho de los trabajadores a reclamar los fondos de reserva (Art. 196 inciso segundo, antes 198).

La ya señalada resolución, con carácter generalmente obligatorio mientras la ley no diga lo contrario, que dictó la Corte Suprema el 15 de junio de 1989 y se publicó en el Registro Oficial Suplemento 233 de 14 de Julio de 1989, en el sentido de que las acciones tendientes a hacer efectivo el goce de la jubilación patronal son imprescriptibles y que por lo tanto se excluyen del principio general, se fundamenta en la naturaleza social de este derecho y en la injusticia que conllevaría el privar al trabajador que ha laborado por lo menos veinticinco años en una misma empresa, del derecho al descanso remunerado definitivo que ha conquistado después de tan largo lapso<sup>103</sup>.

La vejez siempre ha sido considerada como riesgo social; por tal razón, es responsabilidad del Estado y de los empleadores precautelar de tales riesgos en favor de los trabajadores que hayan laborado por una larga temporada bajo su dependencia patronal<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> En la Constitución de 1978 esa disposición estaba reglada en su texto original, primera y segunda codificaciones en el Art. 31 literal d); tercera y cuarta codificaciones en el Art. 49 literal d)

<sup>103</sup> Jorge Egas Peña, Imprescriptibilidad del Derecho a la Jubilación Patronal, en Revista Jurídica, Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Viernes 06 de julio del 2012

<sup>104</sup> Propuesta de la Comisión de Unidad conformada el 29 de abril de 2011 durante el Encuentro Nacional de Trabajadores y Servidores Públicos del Ecuador, convocado por la Red Andina de Sindicatos de la Administración Pública y Estatal de la Internacional de Servicios Públicos (RAAPE-ISP)

Dado el carácter vitalicio de la solución de la renta jubilar, la determinación de que las pensiones de este tipo no admitan una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, no implica “que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social, determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo”.<sup>105</sup>

Es simplemente ratificar para los trabajadores que -generalmente- llegan a la tercera edad, es decir, a una etapa que forma parte de la condición humana, íntimamente relacionado con la vida, que se les permita asegurar su subsistencia una vez disminuida su capacidad laboral y contar con el sustento económico necesario para su familia en el evento de su muerte -por lo menos por un año más-.

El derecho a reclamar una pensión no puede estar limitado temporalmente, pues su reconocimiento y pago afectan la vida del trabajador y la de su familia, por cuanto se trata de acceder

a prestaciones económicas y asistenciales que pueden constituir el único medio de subsistencia para esas personas, y amerita un tratamiento especial, más aún cuando el reclamante es una persona de la tercera edad -generalmente- que goza de protección constitucional.

A ello se agrega que, establecer el promedio de vida de las personas como posible fundamento para no continuar pagando la renta jubilar vitalicia, genera un desconocimiento del deber de protección de los derechos fundamentales de las personas, por señalarse períodos que condicionen el ejercicio a reclamarla. Es por lo tanto contrario a toda lógica jurídica fijar un término legal para reclamar un derecho que puede ser exigido en cualquier tiempo<sup>106</sup>.

El derecho a percibir la jubilación envuelve que no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de las pensiones, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado “status” de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-230/98, Santafé de Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

<sup>106</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-230/98, Santafé de Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998). Pronunciamiento No.1468, del 18 de diciembre de 1.997 del Procurador General de la Nación (Colombia) dentro de este caso.

<sup>107</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-230/98, Santafé de Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

## 2.2. Investigación

### 2: EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**Dra. Elena Durán,**

Área Contencioso Administrativo

Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas

La doctrina considera a lo contencioso administrativo como el conflicto que se suscita entre la Administración y los particulares que, en sede judicial, discuten la eficacia jurídico-legal de un acto o resolución emanados del poder público, que ha causado estado; y, se dice que ha causado estado, cuando un acto o resolución no son modificables en sede administrativa o se han agotado, facultativamente, los recursos tendientes a su modificación.

El acto administrativo constituye el objeto clásico del recurso contencioso administrativo y, con multiplicidad de acepciones, la doctrina coincide en que acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad efectuada por autoridad competente en ejercicio de la potestad pública, que produce efectos jurídicos a terceros, sean personas particulares o entidades públicas. Son elementos constitutivos de la jurisdicción contencioso administrativa: el órgano administrativo, la materia administrativa y el procedimiento contencioso administrativo.

El tema de lo contencioso administrativo en el Ecuador no es nuevo; prácticamente todas las Constituciones Políticas, con excepción de las de 1945 y 1967 establecían un Consejo de Estado o de Gobierno, como órgano consultivo del jefe de Estado; pero, fue la de 1905 la que creó la jurisdicción contencioso administrativa y dispuso que entre las atribuciones del Consejo de Estado

estaba la de decidir cuestiones contencioso administrativas, de conformidad con la ley. El recurso contencioso administrativo estuvo suspendido entre 1925 a 1929 y 1935 a 1938, en los períodos que correspondieron a las dictaduras del doctor Isidro Ayora y del ingeniero Federico Páez.

Para efectos de lo contencioso administrativo, la Constitución de 1945 otorgó competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales y las de 1967 y siguientes, dentro de sus respectivas materias, a los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo. Como materia de litigio, lo contencioso administrativo en los primeros tiempos fue incipiente, pero fue particular el desarrollo de lo contencioso tributario que para 1963 ya contaba con un Código Fiscal, más tarde sustituido por el Código Tributario. Y, mediante Ley N° 35, publicada en el Registro Oficial N° 338, de 18 de marzo de 1968, se dictó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, a partir de entonces, no ha sufrido modificaciones sustanciales.

Es evidente que en el caso ecuatoriano, la justicia contencioso administrativa se instrumenta con aplicación del sistema judicial, a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones donde los sistemas son administrativos propiamente dichos o mixtos. El sistema administrativo atribuye a la administración la resolución de los conflictos de esta índole, a través de organismos propios, capaces, por lo mismo, de valorar con certeza los

límites del interés público y el de los particulares, con primacía, como es natural, del primero que, en definitiva, responde al interés general que es su fin último. En el sistema mixto, se concibe a un tribunal especial con facultad para conocer los asuntos contencioso administrativos, independiente de la administración y de los tribunales ordinarios, pero que, en determinado momento, responderían o a intereses particulares o a intereses públicos y que estarían por ello impedidos de ser imparciales; bajo esa consideración, se estimó que tales tribunales especiales deberían integrarse con personas del ámbito de la justicia y del ámbito de la administración nombrados de ciertos estamentos y con el carácter de inamovibles; tal el caso del que tenía Ecuador en la época del Consejo de Estado. Como respuesta a los sistemas administrativo y mixto está el judicial que propugna que las controversias entre administración y particulares deben someterse a una autoridad investida de jurisdicción y competencia otorgadas constitucionalmente, que es la función judicial, bajo el criterio de unidad jurisdiccional.

De modo general, los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determinan que el recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra reglamentos, actos y resoluciones que vulneren un interés directo del demandante o que sean consecuencia de una disposición de carácter general. Según estas normas, el recurso contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo y, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, se remite al recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina, expresamente, que el recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo y, del texto de la norma

del artículo 23 de la misma ley, se infiere la acción de lesividad; norma que establece que para demandar la ilegalidad y la anulación de los actos y disposiciones de la administración pueden comparecer, "... d) *El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la Ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo*", pues no existe en esta ley ninguna mención expresa sobre dicha acción; cabe señalar que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 97, se refiere a la lesividad al prescribir que, "La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente."

En nuestro sistema legal se considera, entonces, la existencia de dos clases de recursos contencioso administrativos como mecanismos de activación de la justicia contencioso administrativa, cuya ley rectora no recoge ninguna institución adicional a las tradicionales concebidas por los derechos francés y español, a saber: el de plena jurisdicción o subjetivo y el de anulación u objetivo, desde luego, sin dejar de lado la acción de lesividad que la ley no la ha distinguido en forma expresa.

## **RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVO**

La teoría pura del derecho ha buscado la explicación de lo que debe considerarse un derecho subjetivo. Clásicamente se ha dicho que es un poder de la voluntad amparado por el derecho y se lo tenía como un proceso natural de la voluntad del individuo; pero, la noción de voluntad no podía aplicarse a todos los individuos, a los menores, por ejemplo, y, sustituyendo la voluntad se planteó la existencia del interés particular jurídicamente protegido, desplazando tal interés al campo de la acción judicial que así se revestía de seguridad y garantía. Posteriormente, se fusionaron interés y voluntad y se dijo que derecho subjetivo era el interés jurídicamente protegido y reconocido a un poder de voluntad para imponerlo y defenderlo; luego, se dijo que es el resultado de una situación jurídica y de una relación jurídica,

que adquieren el carácter de públicas cuando la relación se refiere a la administración pública o cualquier otro órgano del Estado. Una situación jurídica está conformada por un interés jurídico que deviene en legítimo cuando desaparece el elemento exclusividad, de allí que todo derecho subjetivo presenta un interés jurídico, pero no todo interés jurídico presenta un derecho subjetivo. El interés legítimo, en cambio, se define como un interés individual conexo con un interés público y protegido por el ordenamiento jurídico a través de la tutela de dicho ordenamiento. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo tiene como fundamento la lesión de un derecho subjetivo y con él se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada frente al abuso de la administración. Se refiere a toda clase de lesión a los derechos subjetivos y se remite a cuestiones patrimoniales, contratos o responsabilidad de la administración.

Por su origen francés, la tradición ha determinado que se lo denomine de plena jurisdicción porque el juez que lo conoce actúa con plenos poderes que le permiten no sólo declarar ilegal el acto administrativo sino también cesarlo e inclusive adoptar las medidas de reparación del daño causado por la violación. Puede demandarse el amparo de un derecho subjetivo aunque el acto impugnado sea de carácter general, así se determinó mediante norma dirimente expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional, a propósito de la dictación de fallos contradictorios de las dos Salas que entonces lo conformaban, al considerar que el recurso de plena jurisdicción o subjetivo tutela el derecho subjetivo de una persona, reconocido por el ordenamiento jurídico en su más amplia manifestación: reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública. El efecto de la sentencia pronunciada en esta clase de recurso es inter partes. En Resolución N° 337-97 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia el 10 de diciembre de 1997, dentro del juicio propuesto por Andrea Menozzi, representante legal de AGIP ECUADOR contra el Ministro de Energía y Minas, se dijo:

SEXTO: [...] Precisamente en la línea antes señalada, se enmarca la resolución generalmente obligatoria del extinguido Tribunal de

lo Contencioso Administrativo adoptada para dirimir fallos contradictorios y que, en consecuencia, tienen carácter generalmente obligatorio en tanto la ley no disponga lo contrario. Esta Resolución que se halla publicada en el Registro Oficial N° 722 de 9 de julio de 1991, resuelve: Que respecto a un acto administrativo de carácter general puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica obligatoria o recurso de plena jurisdicción o subjetivo cuando se determina el derecho subjetivo del recurrente; desde luego, aclarando que la acción contencioso administrativa de carácter subjetivo o de plena jurisdicción impugnando una norma de carácter general, de ser aceptada en sentencia, sólo tiene un efecto particular respecto de quien lo propone, sin que tenga el efecto erga omnes que caracteriza respecto de una norma de esta clase a las resoluciones que se dan en recurso objetivo o de anulación.- Todo lo antes señalado, nos hace concluir que la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo, de ninguna manera violó lo claramente señalado en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.-

Este recurso puede deducirse para impugnar no sólo actos y resoluciones de carácter individual, sino también, como ya se dijo, de carácter general cuando éstas violan derechos subjetivos del recurrente, en cuyo caso el juez está facultado para adoptar las medidas pertinentes para cesar el efecto particular que se ha cuestionado, sin atacar el contenido general de la resolución impugnada.

Con esta clase de recurso puede demandarse la ilegalidad o su declaratoria de nulidad, pero esta última, únicamente, en los casos señalados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 1) Incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia y 2) La omisión o incumplimiento de formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influya en la decisión.

La diferencia entre ilegalidad y nulidad radica en que en el primer caso, al ser declarada, el acto administrativo que existió, pierde todos sus caracteres jurídicos y en el segundo caso, se lo tiene como inexistente.

### **RECURSO DE ANULACIÓN U OBJETIVO O POR EXCESO DE PODER**

Como resultado de la evolución de la jurisprudencia francesa, este recurso apareció en forma posterior en su legislación como obra trascendental del Consejo de Estado francés, para tutelar el cumplimiento de la norma objetiva que ha sido violada por una norma de carácter inferior o por resolución de carácter general expedida por la autoridad excediéndose en sus facultades, y a ello obedece su denominación: “o por exceso de poder”.

Este recurso puede interponerse por quien tenga interés aunque no haya sido afectado directamente su derecho subjetivo; las sentencias dictadas en estos litigios tienen efecto erga omnes (para todos los administrados afectados por la misma norma aunque no hubieran sido partes procesales) y la violación debe ser de una norma de derecho objetivo; de tal modo que, al declarar su nulidad, se restablece el equilibrio jurídico, por ello se dice que es un recurso contralor jurisdiccional de la legalidad que permite el restablecimiento de la ley. Según la doctrina, la anulación pretendida puede fundarse en: 1) incompetencia, 2) violación de la ley, 3) vicios de forma, y, 4) desviación del fin del acto.

A diferencia del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, en el objetivo se alega la violación de la ley, en él no existen medios para ejecutar las sentencias que tienen el carácter de generales y tienen efecto aún contra autoridades que no fueron parte procesal. Mediante norma dirimente expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional, se estableció que este recurso tiene como propósito tutelar la norma objetiva afectada por el acto administrativo de carácter general impugnado cuando se pretende, exclusivamente, el cumplimiento de dicha norma

objetiva a través de la anulación de ese acto que permitirá el restablecimiento de la legalidad, con prescindencia del derecho subjetivo que pudiera invocar quien deduce el recurso.

Se discute solamente la legalidad del obrar administrativo, por lo que la decisión judicial se pronunciará sobre si el acto impugnado es o no contrario al derecho objetivo; de ser así, lo declarará nulo y si no lo es, rechazará la demanda. Este pronunciamiento no da lugar a indemnizaciones o restauración de derechos propios del recurso subjetivo, se ocupa, como se dijo, únicamente, del imperio de la legalidad, pues, lo que se juzga es la legitimidad del acto confrontado con la norma positiva.

“El juicio contencioso administrativo, tanto el de plena jurisdicción como el de anulación, aún diferenciando sus formas y su dirección, que son, respectivamente la defensa del derecho subjetivo y del derecho objetivo, se orientan hacia un mismo fin, que es el imperio de la legalidad y la defensa del administrado; entre el derecho subjetivo y el interés legítimo hay una diferencia de grado.”<sup>108</sup>

### **ACCIÓN DE LESIVIDAD**

Buena parte de la doctrina, sobre todo la hispanoamericana, admite la institución denominada “*retirada del acto administrativo*” que evita otras precisiones jurídicas relativas a ese efecto tales como extinción, revocación, reforma o anulación. A este propósito retirar significa sustraer determinado acto administrativo del mundo jurídico mediante anulación por razones jurídicas, en sede judicial, mediante impugnación ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o fiscal, según el acto de que se trate; bien sea por razones de conveniencia u oportunidad, por revocación por parte del órgano de quien emanó el acto, mediante recurso, en sede administrativa.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en particular, habla de extinción y reforma de los actos administrativos en sede administrativa, por razones de legiti-

<sup>108</sup> Rafael Bielsa, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Santa Fe, Argentina, Editorial Castellví S.A., 1964, p. 142

mación o de oportunidad, de oficio o a petición del administrado, al mismo tiempo que establece que se extinguen por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición; y, como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos a dicho Estatuto (arts. 89 a 91).

Los actos administrativos se extinguen por razones de oportunidad, de oficio, cuando existen razones de orden público que la justifiquen y por razones de legitimidad, de oficio, cuando contienen vicios que impiden su convalidación o subsanación, como los dictados por órgano incompetente en razón de la materia, territorio o tiempo, los que tienen por objeto algo imposible o constituyen un delito y los que su presupuesto fáctico o de hecho no se adecue al previsto en la norma legal citada como sustento (arts. 91 al 94).

“Sayagués, de acuerdo con una opinión muy extendida en Hispanoamérica, entiende que la anulación se refiere a la extinción de los actos en vía jurisdiccional, mientras que la revocación o la extinción administrativa, tanto por razones de conveniencia como de legalidad.”<sup>109</sup>

El acto administrativo nulo lo es desde su nacimiento, no proviene del juez; el anulable adquiere el carácter de nulo después de una sentencia judicial. La diferencia radica en la intensidad y contenido de los intereses públicos afectados; el nulo implica lesión al interés público; el anulable (o ilegal), lesión al derecho subjetivo amparado por el ordenamiento jurídico.

La acción de lesividad dice relación a la estabilidad de los actos administrativos y, en esa virtud, mediante esta acción, la Administración incapaz de revocar sus decisiones en propia sede, mediante declaración previa de lesivo al interés público o al bien común, que es lo mismo, por considerarlo ilegítimo puede iniciar un proceso judicial de impugnación ante la justicia contencioso administrativa para que anule el acto administrativo que ya generó derechos al administrado.

Esta acción tiene como presupuestos:

- 1) Un acto administrativo lesivo al interés público.
- 2) La declaración previa de la administración, del carácter lesivo del acto que pretende retirar del mundo jurídico.
- 3) Un acto administrativo favorable al interesado.
- 4) Una administración demandante a la que corresponderá la carga de la prueba.

La administración deberá tener interés directo para deducir la acción, esto es, deberá ser titular de un derecho que le otorga el ordenamiento jurídico, que ha sido violado por el acto que benefició o generó derechos al administrado, el que adquiere la calidad procesal de demandado. La declaración del acto administrativo de lesivo al interés público, que corresponde en forma previa a la administración, es requisito para la admisión a trámite de esta acción ante la justicia contencioso administrativa y será en sede judicial donde se determine definitivamente si existe o no lesión al interés público, procediendo a la anulación del acto. Con esta acción se persigue dejar sin efecto un acto administrativo lesivo al interés público, que originó derechos subjetivos a favor del administrado. “Por tanto, si la declaración de lesividad padece de algún vicio que afecte el objeto, competencia, voluntad o forma del acto administrativo, no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal defecto hará inadmisibles el proceso.”<sup>110</sup>

Tanto los recursos contencioso administrativos de anulación u objetivo y el de plena jurisdicción o subjetivo, como la acción de lesividad, asimilada a ellos, se ejercitan con sujeción a lo establecido en el Capítulo IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la circunstancia de que en la acción de lesividad la Administración siempre actuará como parte actora de la relación procesal. El procedimiento no contempla situaciones de excepción para ninguno de estos recursos y se compone de las mismas etapas procesales que en la vía contencioso administrativa cumplen los litigios en general.

<sup>109</sup> José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, Segunda Edición, Editorial Civitas S.A. Madrid-España, 1991, p. 395

<sup>110</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, ciudad Argentina-Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1998, p. 977.

## 2.3. Investigación

### 3. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS PENAS

**Dr. Miguel Valarezo Tenorio**

Director de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas

**Dra. Silvana Calero**

Área Civil y Mercantil Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

En el ámbito penal, la Constitución establece el principio de proporcionalidad cuando determina que se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. Esto contrasta con la realidad porque nuestro sistema penal a más de ser anquilosado de hace más de dos siglos, copiado de sistemas retributivos e influenciado por la ley penal del fascismo italiano, vulnera flagrantemente los derechos fundamentales de los ciudadanos, esencialmente el derecho a la libertad, al establecer penas exorbitantes. Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena para un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a

particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando con esto una distorsión del principio de proporcionalidad el mismo que establece que a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión hace que en la actualidad infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.<sup>111</sup>

Esta existencia de desproporción de las penas y de los delitos en el Código Penal Ecuatoriano, ha llevado a dividir los criterios de los Jueces de Garantías Penales; existiendo tendencias legalistas que no se apartan de lo establecido expresamente en la ley, y otra que frente a la inmovilidad material de nuestro Derecho Penal formula que un Juez de Garantías Penales está facultado para aplicar el principio de proporcionalidad e imponer penas privativas de la libertad diferentes de las establecidas en el derecho positivo penal material. Dentro de quienes se adscriben a la primera tendencia, se argumenta que la proporcionalidad en la determinación de las penas, solo le corresponde aplicarlas al legislador al momento de la creación de la norma jurídica.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Valarezo Miguel, La proporcionalidad en la predeterminación de las penas. Revista *Ámbito Jurídico*, Brasil, 2010.

<sup>112</sup> La debida proporcionalidad tiene tres momentos, el primero es cuando el legislador establece las penas adecuadas al acto; el segundo, cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada y justa; y el tercer momento tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios llamados de "rehabilitación".

La problemática planteada obliga a realizar el test de constitucionalidad relativo a la proporcionalidad, mismo que se lo debe analizar en función a tres sub principios:

**Subprincipio de Idoneidad.-** El subprincipio de idoneidad también es conocido con el nombre de subprincipio de adecuación. Sirve para verificar si toda intervención en los derechos fundamentales es adecuada para contribuir a un fin constitucionalmente legítimo. En primer término que la norma que se examina debe tener un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término, que sea idónea para favorecer su intervención. El primer aspecto del análisis es la idoneidad de la intervención, que consiste en verificar si el fin que persigue la Asamblea Nacional, es legítimo desde el punto de vista constitucional.

**Subprincipio de Necesidad.-** Según este principio se establece que la intervención en el derecho fundamental debe ser más benigna que la establecida por la Constitución, entre todas aquellas que revisten por lo menos de la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Este principio también prevé la posibilidad de realizar una intervención lo más restringida posible.

**Subprincipio de proporcionalidad.-** En sentido estricto, implica que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe ser justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esto implica para sus titulares y la sociedad en general. Se trata de realizar una comparación entre la importancia de la intervención y la importancia de la realización del fin legislativo. Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia adscrita *prima facie* a su ámbito normativo, adquirirá a su vez un valor definitivo y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional.<sup>113</sup>

En relación con los problemas planteados, la discusión de si la proporcionalidad es de aplicación exclusiva del legislador o no, no es nueva, al contrario en países como Colombia, la Corte Constitucional ha ahondado sobre sus elementos y ha disgregado abundantemente sobre si la tipificación penal y la fijación del pena es una competencia netamente legislativa o si dicha facultad no es ilimitada sino que tiene un límite impuesto necesariamente por la Constitución, lo que a su vez plantea el rol de la Carta Suprema, ya que de aceptarse esta tesis, las normas constitucionales serían suficientes para regular todo el ámbito penal con prescindencia de legislación secundaria en dicho ámbito.

Así mismo, de modo más general, la jurisprudencia de la alta Corte ha establecido con rotundidad que “la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces”. Si la Corte entrara en estos ámbitos, “estaría distorsionando el sentido del control constitucional”, llegaría a decisiones que versan sobre “asuntos de pura conveniencia, reservados a la rama legislativa del poder público”<sup>114</sup>

A favor de la tesis de la autorestricción en la aplicación del principio de proporcionalidad, por la cual los jueces no puede entrar en ámbitos tradicionalmente de exclusividad legislativa, la falta de certeza, la reserva de la ley penal, los derechos de protección y la libertad positiva, son sus principales argumentos. En efecto, como tesis contrarias a la aplicación directa por el juzgador del principio de proporcionalidad, se mencionan la ausencia de certidumbre sobre cuál ha de ser la pena para el hecho dañoso, la que se estima no puede derivarse directamente de la Constitución más aún cuando los sujetos sometidos a ella fácilmente pueden escindirse en grupos a favor de su benignidad y en otros en contra de

<sup>113</sup> CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN, Caso N° 0022-2009-CN, 24 de agosto del 2010, Sentencia N° 024-10-SCN-CC, Juez Constitucional Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, MSc.

<sup>114</sup> EL DERECHO DE LOS DERECHOS, Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Tercera Reimpresión, Colombia, 2005, p.p. 117-118

su dureza (falta de certeza); la necesidad de que sea el legislador democráticamente elegido como voz y decisión popular, quien tenga la facultad de determinación de los contenidos y alcances de la sanción, son cuestiones reservadas exclusivamente para el texto legal positivo (reserva de ley); la contraposición de doctrinas respecto a que un derecho fundamental merece protección penal y por tanto pena o si puede ser protegido por mecanismos de mínima o ninguna intervención penal (derechos de protección); y, la posición por la cual el legislador es quien debe precisar lo razonable y necesario que desarrollen el concepto de libertad positiva (libertad positiva).

Empero, los argumentos a favor de otras posiciones vienen con igual o más fuerza argumentativa, pues concluir en la primera, significaría desconocer el valor mismo de la Constitución y sus principios, o hacer que ésta precautele meros aspectos formales o exabruptos irracionales y evidentes como la pena de muerte, lo que a su vez genera un nuevo problema subyacente: ¿Cómo debe entenderse y desarrollarse jurisprudencialmente el principio de aplicación directa del texto o principio constitucional?, pues de forma alguna puede sustraerse al juez de corregir las intervenciones legislativas desproporcionadas, o desconocer que frente a la libertad positiva existe la libertad negativa, o de hacer u omitir lo que se quiera, poniendo de relieve que la intervención en esa libertad, como las medidas penales, deben estar justificadas por la protección de claros y definidos derechos fundamentales y bienes jurídicos, justificando plenamente con ello, tanto el examen de interdicción del exceso, cuanto el de prohibición de protección deficiente, ya que en observancia de los derechos de defensa, libertad general de acción y demás derechos fundamentales, las medidas o intervenciones que adopte el legislador, atendiendo la gravedad del delito y el grado de culpabilidad no pueden ser excesivas en relación con los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, de lo expuesto claramente se deduce que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los jueces, debe

cumplir con ciertas exigencias argumentativas sin las cuales la motivación del fallo se vería seriamente afectada de vicios de inconstitucionalidad; es decir, la aplicación del mentado principio, debe justificar un análisis adecuado de todos los subprincipios que lo componen en relación con el caso concreto bajo del método de la ponderación, sin que quepa en este caso, aplicar en forma exclusiva la subsunción, o referirse a uno solo de los subprincipios señalados como sustento de la decisión, pues de suceder aquello el fallo evidenciaría una libre convicción del juez antes que un sustento científico constitucional, y el incumplimiento de la obligación constitucional de motivar adecuadamente la conclusión judicial, determinando los hechos o situaciones fácticas bajo juzgamiento, los precepto o principios jurídicos que se aplican y por qué éstos le corresponde a los primeros, momento en el cual debe explicar suficientemente cómo efectuó el análisis y que elementos forman parte de aquel.

Con la finalidad de validar las hipótesis presentadas en este trabajo, se realizó una investigación aplicada, formulando encuestas y entrevistas. La encuesta sirvió para obtener datos estadísticos de los diferentes aspectos a estudiarse y la entrevista para determinar la argumentación jurídica complementaria de las muestras que sustentaron la aplicación del principio de proporcionalidad. Ambos instrumentos se aplicó a los sujetos que proporcionaron la información requerida, esto es, se involucraron a los informantes de calidad o universo de la investigación. El cuestionario se lo construyó utilizando preguntas cerradas con alternativas constantes para cada una de ellas. El formato de este cuestionario es tipo likert. Para validar el instrumento se utilizó la técnica de juicio de expertos, especialistas o criterio profesional de especialistas.

A fin de contar con informantes de calidad sobre el problema en estudio, la población que se seleccionó en la presente investigación, que constituye el universo de la investigación, está constituida por:

<b>COMPOSICIÓN</b>	<b>UNIVERSO</b>
Jueces de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia	6
Jueces de las Salas de lo Penal de las Cortes Provinciales de Justicia; de los Tribunales de Garantías Penales; y, de Garantías Penales que respondieron el cuestionario remitido por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia.	191
<b>TOTAL</b>	<b>197</b>

Cabe anotar en este punto, que se remitió el cuestionario a todos las Cortes Provinciales del País, y de allí a su vez a los respectivos jueces cantonales.

Procesada la información, aplicando los métodos tradicionales y sin dejar de considerar las nuevas tendencias de la investigación científica, hemos obtenido las siguientes conclusiones: Sin excepción, todos los jueces consultados coinciden con el hecho de que el código penal contiene penas desproporcionadas, una gran mayoría señala que aplica el principio de proporcionalidad, en menor número señalan que se sujetan restrictivamente a la pena señalada en la ley. Casi todos señalan que la aplicación del principio de proporcionalidad no es facultad exclusiva del legislador sino también de los jueces. La mayoría sostiene que al aplicar la proporcionalidad implica reconocer que el tipo penal está afectado de inconstitucionalidad. No obstante éstas “posi-

ciones” contrastan con las sentencias analizadas, pues allí se sigue manteniendo las penas establecidas en los tipos penales, sobre todo en Cortes de Provincias, el argumento es de que sus sentencias pueden ser modificadas por los superiores y que “pueden llamarles la atención” para solventar esta situación esperarían una reforma legal, un pronunciamiento de la Corte constitucional o la expedición de una Resolución por parte de la Corte Nacional de Justicia.

La investigación propuesta nos revela que es necesario dotar de mayores elementos e insumos investigativos a los operadores de justicia, a fin de producir resoluciones acordes al nuevo marco constitucional, con la aplicación del principio de proporcionalidad estaremos protegiendo en forma debida el derecho fundamental de las personas, el debido proceso y por tanto estaremos avanzando hacia la consolidación de un sistema de justicia más equitativo y eficiente.





# SEGUNDA PARTE



## CAPITULO II

RESOLUCIONES DEL PLENO



## 2.1. Resoluciones con Fuerza de Ley

### 2.1.1. INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Registro Oficial N° 672, de 29 de marzo de 2012 RESOLUCIÓN N° 01-2012 LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que *“La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas...”*;

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *“En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas: 1. Sala de lo Contencioso Administrativo; 2. Sala de lo Contencioso Tributario; 3. Sala de lo Penal; 4. Sala de Adolescentes Infractores; 5. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 6. Sala de lo Civil y Mercantil; 7. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia; y, 8. Sala de lo Laboral. Atendiendo el volumen de trabajo y las necesidades del servicio, la Sala Penal estará integrada por al menos nueve juezas o jueces; la sala de lo Laboral por al menos diez; la sala de lo Civil y Mercantil por al menos seis; y, las salas de lo Contencioso Administrativo, Contencioso Tributario, de Familia, Niñez y Adolescencia, de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y de Adolescentes Infractores por al menos tres cada una. Necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a excepción de la Presidenta o Presidente de la Corte, que deberá integrar solamente una. Sin embargo, de creerlo necesario, a pedido suyo, en su lugar podrá actuar una Conjueza o Conjuez. Al efecto, al posesionarse las juezas o los jueces acordarán las salas que integrarán. De no hacerlo, esta designación la hará el pleno de la*

*Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez...”*

En uso de sus atribuciones legales

#### RESUELVE:

**Art. 1.-** Integrar las ocho Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:

#### SALA DE LO LABORAL

Dra. María Paulina Aguirre Suárez  
Dr. Johnny Jimmy Ayluardo Salcedo  
Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo  
Dr. Jorge Maximiliano Blum Carcelén  
Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia  
Dra. Rocío Salgado Carpio  
Dra. Gladys Terán Sierra  
Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso  
Dr. Wilson Merino Sánchez  
Dr. Jose Suing Nagua

#### SALA DE LO PENAL

Dr. Paul Manuel Iñiguez Ríos  
Dra. Lucy Elena Blacio Pereira  
Dr. Jorge Maximiliano Blum Carcelén  
Dr. Wilson Yovanny Merino Sánchez  
Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte  
Dr. Johnny Jimmy Ayluardo Salcedo  
Dra. Gladys Edilma Terán Sierra  
Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso  
Dr. Merck Benavides Benalcázar

#### SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso  
Dr. Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo  
Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel  
Dra. María Paulina Aguirre Suárez

Dra. María Rosa Merchán Larrea  
Dr. Paul Manuel Iñiguez Ríos

**SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia  
Dr. Carlos Miguel Ramírez Romero  
Dr. José Suing Nagua

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia  
Dr. Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo  
Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso

**SALA DE LA FAMILIA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo  
Dr. Oscar Bermúdez Coronel  
Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia  
Dra. Rocío Salgado Carpio

**SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO**

Dr. Merck Benavides Benalcázar  
Dra. Mariana Yumbay Yallico  
Dra. Lucy Blacio Pereira

**SALA DE ADOLESCENTES INFRACTORES**

Dra. María Rosa Merchán Larrea  
Dra. Mariana Yumbay Yallico  
Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

**Art. 2.-** En uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta días del mes de enero del año dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dr. Oscar Bermúdez Coronel, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Jorge Maximiliano Blum Carcelén, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Wilson Merino

Sánchez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Lucy Blacio Pereira, JUECES Y JUEZAS NACIONALES.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

**2.1.2. DISTRIBUCIÓN Y DESPACHO DE CAUSAS EN LA CORTE NACIONAL**  
**Registro Oficial N° 672, de 29 de marzo de 2012**  
**RESOLUCIÓN N° 02-2012**  
**LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**  
**CONSIDERANDO:**

Que el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que *“La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas...”*;

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece las ocho Salas especializadas que conformarán la Corte Nacional de Justicia y que *“Necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a excepción de la Presidenta o Presidente de la Corte, que deberá integrar solamente una...”*

Que la misma disposición legal ordena que *“Las causas, según su materia, ingresarán para conocimiento y resolución a la Sala especializada que corresponda. En las salas que cuenten con más de tres juezas o jueces, en cada causa mediante sorteo se determinarán las tres juezas o jueces que conocerán de la misma”*;

Que el artículo 196 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que *“Los sorteos que deban realizarse en virtud de lo que dispone este Código y los reglamentos, serán realizados en forma pública por la Presidenta o el Presidente de la respectiva sala especializada”*; sin embargo, no determina el orden, la periodicidad o la forma en que deberá realizarse dicho sorteo.

Que a fin de garantizar la seguridad jurídica, es necesario unificar la manera en que se sortearán los procesos, se llamará a los Conjuceces y se procederá en la sustanciación de los procesos en las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, pues existe obscuridad al respecto;

En uso de la atribución legal prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

#### **RESUELVE:**

**Art. 1.-** Los procesos que se encontraban en las diferentes Salas de la Corte Nacional de Justicia hasta el 26 de enero del 2012, serán remitidos por los respectivos Secretarios, a la Sala especializada que corresponda, de conformidad con lo previsto en el Título III, Capítulo III, Sección II, Parágrafo II del Código Orgánico de la Función Judicial, con un inventario detallado en que constará: número y año del proceso, en orden cronológico; Sala de procedencia; tipo de acción o recurso; actores/denunciantes u ofendidos (apellidos y nombres, si son varios, separados por punto y coma); demandados/procesados (apellidos y nombres, si son varios, separados por punto y coma); estado actual de la causa (con la indicación de si corresponde a Jueces o Conjuceces, de conformidad con lo previsto en el artículo 201 del mencionado cuerpo legal, en concordancia con el inciso final del artículo 8 de la Ley de Casación). Este inventario se enviará tanto en formato físico como electrónico.

**Art. 2.-** Una vez recibidos los procesos, la Presidenta o Presidente de Sala dispondrá que bajo su supervisión, se proceda al sorteo de la jueza o juez ponente, en todos los juicios que corresponda conocer a los jueces. En las Salas que cuenten con más de tres juezas o jueces, supervisará que en el mismo sorteo se determine también el tribunal de tres juezas o jueces que conocerán cada causa.

En el sorteo se procurará que la distribución de causas entre los jueces, tanto en calidad de ponentes como de miembros del Tribunal, sea equitativa.

**Art. 3.-** En los juicios que corresponda calificar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, tan pronto como el proceso llegue a la Corte Nacional, la Oficialía Mayor realizará el

sorteo para determinar las Conjucezas o Conjuceces que integrarán el Tribunal respectivo, de acuerdo a la Sala a la que fueron asignados, debiendo en el mismo sorteo determinarse al ponente.

En los casos en que la Sala de Conjuceces admita a trámite un recurso, el actuario lo pondrá en conocimiento de la Presidenta o Presidente de la Sala especializada respectiva, quien dispondrá que se proceda al sorteo a que se refiere el artículo anterior.

Si la Sala de Conjuceces inadmite a trámite el recurso, el Secretario de la Sala devolverá el proceso una vez ejecutoriada la resolución.

**Art. 4.-** La sustanciación de cada proceso será realizada por la jueza o juez ponente; en caso de falta o ausencia de éste, por cualquiera de los otros miembros del Tribunal. Igual regla se aplicará en las Salas de Conjuceces.

**Art. 5.-** Las acciones y recursos constitucionales que corresponda conocer a la Corte Nacional de Justicia, se sortearán entre todas sus Salas, y si correspondiere a una que cuente con más de tres juezas o jueces, en el mismo sorteo se determinará también el tribunal de tres juezas o jueces que conocerán cada causa, así como el ponente.

**Art. 6.-** En los casos de ausencia, excusa o recusación de uno de los Jueces o Juezas que deban conocer una causa, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo, a una conjuceza o conjuceces de la respectiva Sala especializada para que lo reemplace; salvo el caso en que la recusación se realice al amparo del artículo 149 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cuyo caso el llamamiento a los Conjuceces, previo sorteo, corresponderá al Presidente de la sala respectiva.

Si la Conjuceza o Conjuceces llamado estuviese también impedido o ausente, se llamará por sorteo a otro de los conjuceces o conjucezas de la sala especializada, y así sucesivamente. En caso de estar impedidos o ausentes todos los conjuceces de la sala especializada, se llamará por sorteo a cualquiera de las demás Conjucezas o Conjuceces de la Corte Nacional de Justicia.

En los casos de excusa o recusación del juez ponente, actuará en esa calidad el Conjuceces que sea llamado a actuar en su lugar.

Si faltase por cualquier causa una Jueza o Juez de la una sala especializada para atender

el despacho, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará por sorteo a una de las Conjuezas o Conjueces de la respectiva Sala, con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure el impedimento o falta del titular. Si la Conjueza o el Conjuez llamado no actuare por cualquier causa, el Presidente llamará de la misma forma a otra de las Conjuezas o Conjueces hasta integrar la sala.

**Art. 7.-** Todo sorteo será público, por lo que podrá presenciarlo cualquier persona que se encuentre presente; sin embargo, no será necesario notificar a ninguna de las partes con la fecha y hora de la diligencia.

**Art. 8.-** Todas las causas que se encontraban en conocimiento de Conjueces 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.

**Art. 9.-** Las Conjuezas y Conjueces deberán presentar informes jurídicos especializados, en donde se establezca la selección de los precedentes jurisprudenciales, con la pertinencia al caso concreto. Dicho informe será remitido al Juez ponente.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

**Primera.-** Hasta que exista un sistema electrónico para el sorteo de causas en la Corte Nacional de Justicia, los sorteos a los que se refiere esta Resolución se realizarán en forma manual, para lo cual se podrán hacer grupos de causas para agilizar y facilitar su distribución.

Una vez instalado el sistema de sorteo electrónico de causas, todos los sorteos se efectuarán con éste.

**Segunda.-** En los casos en que se haya realizado sorteo manual de las causas a partir del 26 de enero de 2012, la Presidenta o el Presidente y la o el Secretario de cada Sala, dejarán constancia de ello en un acta, en la que además de los datos determinados en el artículo 1 de esta Resolución, se hará constar la fecha del sorteo, los nombres de las Juezas o Jueces ponentes y en las Salas conformadas por más de tres Juezas o Jueces, los nombres de los miembros que integran cada Tribunal.

**Tercera.-** Las Presidentas o Presidentes de las Salas especializadas, dispondrán que se realicen los sorteos respectivos para determinar la Jueza o Juez ponente y, en las Salas conformadas por más de tres Juezas o Jueces, el Tribunal que debe sustanciar y conocer las causas pendientes de resolución al 26 de enero de 2012.

**Cuarta.-** En los procesos que se encontraban en las diferentes Salas de la Corte Nacional de Justicia hasta el 26 de enero del 2012, en los que corresponda calificar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, la Oficialía Mayor realizará el sorteo para determinar las Conjuezas o Conjueces que integrarán el Tribunal respectivo, de acuerdo a la Sala a la que han sido asignados, debiendo en el mismo sorteo determinarse al ponente.

Este sorteo se realizará tan pronto como dichos funcionarios se posesionen de sus cargos, de conformidad con la lista de inventarios que al efecto será proporcionada por los Secretarios de las Salas especializadas respectivas, en formato manual y electrónico.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los quince y veintidós días del mes de febrero del dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Lucy Blacio Pereira, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

### 2.1.3. SUBROGACIÓN DE PRESIDENTES DE SALA Y DE CONJUECES

Registro Oficial N° 676 de 4 de abril de 2012  
RESOLUCIÓN N° 03-2012

#### LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que han surgido dudas respecto de quién debe presidir una Sala especializada en caso de falta de su Presidente o Presidenta, así como en caso de ausencia, excusa o recusación en los asuntos que le corresponden conocer en razón del fuero de las personas;

Que igualmente existe duda respecto de quién debe remplazar al Conjuez o Conjueza de una Sala especializada en caso de ausencia, excusa o recusación;

Que es necesario establecer reglas claras a fin de garantizar la seguridad jurídica establecida en la Constitución de la República;

En uso de la atribución legal prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

#### RESUELVE:

**Art. 1.- SUBROGACIÓN DEL PRESIDENTE O PRESIDENTA DE UNA SALA.-** En caso de ausencia, excusa o recusación del Presidente o Presidenta de una Sala especializada, le subrogará en estas funciones la Jueza o Juez más antiguo de la Sala; de haber dos o más designados al mismo tiempo, lo será el primer nombrado. Si la ausencia es definitiva, se convocará de inmediato a los miembros de la Sala para elegir nueva Presidenta o Presidente, quien únicamente completará el período.

El mismo procedimiento se aplicará en las causas que en razón del fuero de las personas corresponde conocer al Presidente o Presidenta de una Sala.

**Art. 2.- SUBROGACIÓN DE UN CONJUEZ O CONJUEZA.-** En casos de ausencia, excusa o recusación de uno de los Conjueces o Conjuezas que debe conocer una causa, se procederá a llamar a otro de los Conjueces de la misma Sala especializada; a su falta, se llamará a uno de los Conjueces de un área especializada afín, y a su falta, a cualquiera de los Conjueces o Conjuezas de la Corte Nacional de Justicia. El llamamiento

al Conjuez que corresponda se realizará siempre por sorteo, conforme a la Resolución de la Corte Nacional de Justicia N° 02-2012, aprobada en sesiones de quince y veintidós de febrero de 2012.

Para efectos de esta disposición, se entenderá como áreas afines:

- Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario;
- Salas de lo Penal y de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;
- Salas de Adolescentes Infractores y de la Familia, Niñez y Adolescencia;
- Salas de lo Civil y Mercantil y de lo Laboral.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los catorce días del mes de marzo de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Asdrúbal Grani-zo Gavidia, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dra. Ma. del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Johnny Aylluardo Salcedo, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Lucy Blacio Pereira, JUECES Y JUEZAS NACIONALES.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

### 2.1.4. CAMBIO EN LA INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Registro Oficial N° 679 de 10 de abril de 2012  
RESOLUCIÓN N° 04-2012

#### LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que *“La Corte Nacional de Justicia estará*

*integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas...”;*

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *“En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas: 1. Sala de lo Contencioso Administrativo; 2. Sala de lo Contencioso Tributario; 3. Sala de lo Penal; 4. Sala de Adolescentes Infractores; 5. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 6. Sala de lo Civil y Mercantil; 7. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia; y, 8. Sala de lo Laboral. Atendiendo el volumen de trabajo y las necesidades del servicio, la Sala Penal estará integrada por al menos nueve juezas o jueces; la sala de lo Laboral por al menos diez; la sala de lo Civil y Mercantil por al menos seis; y, las salas de lo Contencioso Administrativo, Contencioso Tributario, de Familia, Niñez y Adolescencia, de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y de Adolescentes Infractores por al menos tres cada una”.*

Que la misma norma legal dispone que con excepción del Presidente de la Corte, necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a cuyo efecto, al posesionarse acordarán las salas que integrarán y en caso de no hacerlo, *“esta designación la hará el pleno de la Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez...”*

Que a fin de optimizar el despacho de las causas en la Corte Nacional de Justicia, es necesario proceder a la redistribución de las Salas especializadas a la que pertenecen algunos de los Jueces y Juezas de este Tribunal;

En uso de sus atribuciones legales

**RESUELVE:**

**Art. 1.-** Reformar la Resolución N° 01-2012, de 30 de enero del año en curso, en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo; de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; y de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

1. Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso
2. Dr. José Suing Nagua

3. Dr. Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo
4. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

**SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO**

1. Dra. María Rosa Merchán Larrea
2. Dra. Mariana Yumbay Yallico
3. Dr. Merck Benavides Benalcázar
4. Dra. Lucy Blacio Pereira
5. Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

**SALA DE LO LABORAL**

1. Dra. Rocío Salgado Carpio
2. Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo
3. Dra. Mariana Yumbay Yallico
4. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia
5. Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso
6. Dr. Wilson Merino Sánchez
7. Dr. Johnny Jimmy Ayluardo Salcedo
8. Dr. Jorge Maximiliano Blum Carcelén
9. Dra. Gladys Terán Sierra
10. Dra. María Paulina Aguirre Suárez

**Art. 2.-** En uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos y Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

**2.1.5. EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DEBE CALIFICAR LA MALICIA O TEMERIDAD DE LAS DENUNCIAS EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA**

**Segundo Suplemento del Registro Oficial  
N° 700, de 10 de mayo de 2012  
RESOLUCIÓN N° 05-2012  
LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
CONSIDERANDO:**

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con fecha once de enero del año dos mil doce expidió la Resolución s/n, publicada en el Registro Oficial N° 633, del 3 de febrero del mismo año, mediante la que se dispone que las juezas y jueces de garantías penales, según los méritos del proceso, tienen la obligación de calificar si la denuncia o acusación particular son maliciosas o temerarias, cuando dictan auto de sobreseimiento definitivo o sentencia en los delitos de acción penal privada; e igualmente, cuando declaran el abandono de la acusación particular;

Que el inciso final del primer artículo agregado después del artículo treinta y nueve del Código de Procedimiento Penal establece la obligación de que en caso de disponerse el archivo del expediente, se proceda a CALIFICAR la malicia y/o temeridad de la denuncia;

Que las consideraciones efectuadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia para establecer la obligatoriedad de que los jueces califiquen la malicia y/o temeridad de la denuncia o acusación particular, buscan hacer efectivo el derecho al honor y al buen nombre consignado en el artículo sesenta y seis, numeral dieciocho de la Constitución de la República, de aquellas personas que han sido agraviadas por la falsa imputación de hechos que no han sido probados dentro del proceso;

Que no existen razones suficientes que justifiquen afectar el principio de igualdad jurídica y que en consecuencia, hagan razonable limitar dicha obligación de los jueces, exclusivamente a los delitos de acción privada; así como resulta mucho menos razonable que la exigencia de calificación de temeridad y malicia, deba constreñirse a los casos de expedición del auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, inobservando con ello, la expresa disposición del

Código de Procedimiento Penal, invocada en el considerando segundo de la presente Resolución;

Que además de lo anterior, resulta evidente que la temeridad o malicia de la denuncia no depende de la evolución que haya tenido el proceso penal, siendo que por el contrario, la lesión del derecho al honor y al buen nombre, se produce desde el momento mismo en que se formula la imputación temeraria o maliciosa, independientemente de que la misma haya o no causado el efecto de superar la etapa de indagación previa y las posteriores etapas procesales;

Que en cualquier caso, la obligación de los jueces de calificar la temeridad o malicia de las denuncias formuladas en los delitos de acción pública, de ninguna manera afecta el ejercicio legítimo de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, siempre que dicho ejercicio haya observado las garantías del debido proceso y los principios de transparencia y lealtad procesal;

Que el artículo 180, número 6 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias mientras no se disponga lo contrario por la ley y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial; y,

En uso de sus atribuciones

**RESUELVE:**

**Art. 1.-** Disponer que la obligación de las juezas y jueces de garantías penales, a que hace referencia la Resolución s/n de fecha once de enero del año dos mil doce, publicada en el Registro Oficial número 633, de tres de febrero del mismo año, de calificar la temeridad o malicia de las denuncias, debe cumplirse también en los delitos de acción pública, así como en los casos de desestimación y archivo definitivo previstos en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Esta Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, JUECES NACIONALES, Dra. Aida Palacios Coronel, CONJUEZA.

Ab. Gina Navas Carrera  
SECRETARIA GENERAL ENCARGADA

**2.1.6. CREACIÓN DE LA UNIDAD DE PROCESAMIENTO DE JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**  
**RESOLUCIÓN N° 06-2012**  
**Registro Oficial N° 743 de 11 de julio de 2012**  
**LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**  
**CONSIDERANDO:**

Que el artículo 184.2 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre del 2008, dispone que "*Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración; (...) 4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.*";

Que el artículo 169 de la Constitución de la República, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, para lo cual se requiere de órganos especializados, capacitados, estructurados y dedicados a labores de procesamiento de jurisprudencia e investigación jurídica;

Que en aplicación del artículo 280 de la Constitución de la República, se ha elaborado el Plan Nacional para el Buen Vivir, en el cual se

ha establecido como objetivo 9, el garantizar la vigencia de los derechos y la justicia;

Que la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de la República del Ecuador, ordena que: "*Se garantiza la estabilidad de las funcionarias y funcionarios, y las empleadas y empleados de la actual Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, cortes superiores, tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, tribunales de lo fiscal y tribunales penales, que serán reubicados en cargos de similar jerarquía y remuneración en el Consejo de la Judicatura, Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales y tribunales, respectivamente*";

Que en aplicación de las disposiciones constitucionales, el artículo 180.2 del Código Orgánico de la Función de la Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544 de 9 de marzo del 2009, dispone que: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración; (...) 4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidenta o Presidente a la Asamblea Nacional; (...) 6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial...*"

Que el artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial insiste en la obligación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de resolver las consultas formuladas por las juezas y jueces, en observancia del artículo 126 eiusdem, sobre los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, con expresión de las razones en que se funden;

Que el inciso final del artículo 182 del precitado Código Orgánico de la Función Judicial, que regula el sistema de precedentes jurisprudenciales, establece que: "*Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada*";

Que por su parte el numeral 3 del artículo 202 del varias veces citado Código Orgánico de

la Función Judicial, señala que a las conjuetas y conjuetes, les corresponde: *“Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte”*;

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución de 1 de abril del 2009, publicada en el Registro Oficial N° 572, de 17 de abril del 2009, por la cual se crea y reglamenta la estructura y funcionamiento del Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia;

Que en resolución de 10 de noviembre del 2010, publicada en el Registro Oficial N° 336, de 8 de diciembre del 2010, el Tribunal en Pleno de la Corte Nacional de Justicia, reformó la Resolución de 1 de abril del 2009;

Que en resolución de 25 de mayo del 2011, publicada en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio del 2011, el Tribunal en Pleno de la Corte Nacional de Justicia, creó la Unidad de Investigaciones Jurídicas;

Que es necesario coordinar y optimizar los esfuerzos, estructuras y recursos con los que cuenta la Corte Nacional de Justicia para el cumplimiento de sus fines.

En uso de las facultades conferidas al Pleno por los artículos 180.2 y 182 inciso final del Código Orgánico de la Función de la Judicial.

#### **RESUELVE:**

**Art. 1.-** Modificar las siguientes Resoluciones emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia: de 1 de abril del 2009, publicada en el Registro Oficial N° 572 de 17 de abril del 2009, que crea el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia; de 10 de noviembre del 2010, publicada en el Registro Oficial N° 336 de 8 de diciembre del 2010 (que reformó la resolución de 1 de abril del 2009); y, de 25 de mayo del 2011, publicada en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio del 2011, que crea la Unidad de Investigaciones Jurídicas; y, en consecuencia, **crear LA UNIDAD DE PROCESAMIENTO DE JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.**

**Art. 2.-** La Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, contribuirá a la solución de los problemas jurídicos, en sus diferentes áreas, sean de carácter nacional o internacional. Su labor se enfocará en especial al estudio, investigación, divulgación y efectiva aplicación del derecho, a través de la investigación comparativa e interdisciplinaria, que permita la generación y difusión de conocimiento experto y de excelencia en las diferentes áreas y que sean de utilidad para el conocimiento y aplicación por los distintos operadores de justicia de la Función Judicial del Ecuador; así como, a través del procesamiento jurídico especializado de los precedentes jurisprudenciales emitidos por las Salas Especializadas del Tribunal de Casación del Ecuador, con observancia de los precedentes jurisprudenciales vinculantes emitidos por la Corte Constitucional o el Tribunal Contencioso Electoral.

**Art. 3.-** Los objetivos por los cuales se regirá la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, son los siguientes:

#### **OBJETIVO GENERAL**

Sistematizar el conocimiento y aplicación de las normas jurídicas utilizadas a nivel nacional e internacional, con el propósito de apoyar con insumos a los operadores de justicia para sus resoluciones; proponer nuevos procedimientos en la aplicación de justicia y, reforzar aquellos que ya son conocidos, con el fin de propender a la integración de los diferentes sistemas judiciales, utilizando técnicas eficaces de investigación.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Contribuir en el desarrollo del conocimiento científico en el área jurídica;
- Propender a la unificación de criterios de los operadores de justicia;
- Materializar la investigación jurídica y publicación y difusión de la producción científica a la sociedad;

**Art. 4.-** La Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, bajo la dependencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, contará con un Coordinador o Coordinadora General, y se estructurará en dos secciones:

la Sección de Procesamiento de Jurisprudencia y la Sección de Investigaciones Jurídicas. Contará además con el personal técnico capacitado que sea necesario.

La Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas coordinará el desempeño de sus funciones y actividades con las directrices dadas por el Presidente o la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, quien propondrá al Consejo de la Judicatura los nombres de las personas que la integrarán.

**Art. 5.-** Son funciones de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas:

1. Recopilar los fallos que emanen de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual los Secretarios o Secretarías de cada una de ellas, remitirán, en formato impreso y electrónico, dentro de los primeros quince días de cada mes, copia certificada de todas las sentencias expedidas, así como de aquellos autos definitivos cuyo contenido jurídico sea relevante y haya sido seleccionado por los Jueces y Juezas o por el Presidente o Presidenta de la Sala, cuidando que la identidad de las víctimas de abuso sexual, así como la de los adolescentes infractores, no sea revelada.. El cumplimiento de este deber será de responsabilidad de los secretarios relatores o secretarías relatoras de las salas.
2. Analizar y procesar las resoluciones remitidas por las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, a fin de sistematizarlas por materias y temas, elaborando un repertorio metódico, que servirá para consulta de jueces, funcionarios y usuarios de la Función Judicial.
3. Remitir trimestralmente a la Gaceta Judicial, para que sean publicados, los fallos más relevantes expedidos por las Salas de la Corte Nacional, así como los prontuarios del respectivo periodo, en coordinación con los Presidentes y Presidentas de las Salas respectivas.
4. Identificar los casos de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho que se hayan producido entre los Tribunales de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, pues comportan duda en la aplicación de la ley, y remitirlos al Pleno de la misma, para que emita la norma dirimente.
5. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración. Cuando una Sala de la Corte Nacional o la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia establezcan la existencia de fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho, lo comunicarán inmediatamente, a través de su Presidente o Presidenta, Coordinador o Coordinadora, respectivamente, al Pleno de la Corte Nacional, para que en el plazo de sesenta días, conozca y decida sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.  
Establecido un fallo de triple reiteración como jurisprudencia obligatoria, el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia, a más de remitirlo a la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia, lo enviará al Registro Oficial para su inmediata publicación.
6. Elaborar los informes que le solicite el Presidente de la Corte Nacional de Justicia relacionados con consultas realizadas por jueces o juezas sobre el alcance y aplicación de las normas, inclusive las relativas a fallos contradictorios.
7. Organizar la conservación de los archivos físicos del material jurisprudencial y de todos los archivos electrónicos finales producidos por la Unidad.
8. Efectuar investigación jurídica y orientarla prioritariamente a la solución de los problemas jurídicos locales, regionales, nacionales e internacionales relacionados con la actividad jurisdiccional;
9. Generar información científica sobre las diversas disciplinas jurídicas;
10. Apoyar las actividades de los operadores de justicia, a través de los resultados conseguidos en la investigación jurídica especializada;
11. Proponer el establecimiento de convenios con otras instituciones y organizaciones, a través de los procedimientos institucionales correspondientes, a fin de realizar actividades conjuntas, intercambiar experiencias y efectuar estudios de investigación;
12. Respalda con los resultados de las investigaciones las consultas que sean formuladas por los operadores de justicia, funcionarios judiciales y los particulares, que les sean remitidos por el Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia

13. Tabular, analizar y difundir la información estadística sobre aspectos jurisdiccionales y jurídicos.
14. Promover una permanente comunicación y divulgación de los resultados de las investigaciones y procesamiento de jurisprudencia.
15. Elaborar en coordinación con Asesoría Jurídica proyectos de reformas a las leyes sustantivas y adjetivas, para conocimiento y resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
16. Coordinar y estructurar las actividades y funciones de procesamiento de jurisprudencia, con la información proporcionada por las conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional de Justicia.

Las funciones determinadas en los numerales anteriores, relacionadas con el procesamiento de jurisprudencia se ejercerán también en relación con las resoluciones expedidas por las Salas especializadas de la Corte Suprema y Corte Nacional de Justicia, al amparo de la Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial número 192, de 18 de Mayo de 1993; las resoluciones expedidas por las Salas de lo Penal de la Corte Suprema y Corte Nacional de Justicia; y, sobre los asuntos no susceptibles de tratarse en casación, que requieran tratamiento jurisprudencial especializado, juzgados por los jueces y tribunales de instancia, para lo cual se proveerá, organizará y clasificará por materias y temas los fallos pronunciados por las diversas Salas de la ex Corte Suprema de Justicia y juzgados y tribunales de instancia, en lo que fuere pertinente.

Para el desempeño de sus funciones la Unidad consultará a los presidentes de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, Juezas y Jueces Nacionales de la respectiva materia especializada; y podrá consultar a los presidentes de las Cortes Provinciales y presidentes de Sala de dichas cortes, juezas y jueces provinciales y demás juezas y jueces del País.

**Art. 6.-** Son funciones del Coordinador o Coordinadora General de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia:

1. Diseñar la metodología con la cual se realizará el procesamiento de jurisprudencia, de manera sistemática y cronológica, por áreas y

- temas, así como el plan de trabajo, plan operativo o plan estratégico, según corresponda, y someterlos a conocimiento y aprobación del Presidente o Presidenta y del Pleno de la Corte Nacional de Justicia;
2. Organizar y distribuir el trabajo de la Unidad.
3. Requerir a los secretarios relatores o secretarías relatoras la oportuna entrega del material jurisprudencial respectivo en la forma señalada por esta resolución. La falta de entrega de dicho material, será comunicada al Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia y al Consejo de la Judicatura para los fines legales pertinentes;
4. Supervisar, coordinar y dirigir las actividades desarrolladas por las diferentes secciones de la Unidad;
5. Recibir, revisar y evaluar los informes que le presenten en forma mensual los coordinadores de sección y el personal técnico especializado;
6. Comunicar al Pleno de la Corte Nacional de Justicia cuando la Unidad establezca la existencia de fallos de triple reiteración, sobre un mismo punto de derecho
7. Comunicar al Pleno de la Corte Nacional los casos de fallos contradictorios que sean detectados por la Unidad a su cargo;
8. Remitir trimestralmente a la Gaceta Judicial, para que sean publicados, los fallos más relevantes expedidos por las Salas de la Corte Nacional de Justicia, en coordinación con los Presidentes de la Sala respectiva; así como los repertorios del correspondiente periodo; sin perjuicio de la obligación de los secretarios relatores de remitir al Registro Oficial las sentencias para su publicación;
9. Coordinar la publicación de los repertorios e investigaciones elaborados por su Unidad, en la página web de la Corte Nacional de Justicia;
10. Informar trimestralmente al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a través de su Presidente o Presidenta, las actividades desarrolladas por su Unidad, así como de los hechos detectados en el cumplimiento de sus funciones;
11. Velar porque la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas cumpla con sus funciones y objetivos;
12. Las demás que le encargue el Pleno y el Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

**Art. 7.-** Son funciones de los coordinadores o coordinadoras de sección:

1. Diseñar conjuntamente con el Coordinador o Coordinadora General la metodología para el procesamiento de jurisprudencia e investigaciones jurídicas;
2. Analizar la información recibida y procesarla conjuntamente con el personal técnico especializado;
3. Rendir informe mensual al Coordinador o Coordinadora General sobre las actividades de su área, conjuntamente con el material jurisprudencial procesado o investigación jurídica realizada;
4. Suministrar el material jurisprudencial o investigaciones realizadas que estén a su cargo, a las juezas y jueces, funcionarias y funcionarios, ciudadanas y ciudadanos en general;
5. Colaborar con el Coordinador o Coordinadora General en la elaboración de los informes que solicite el Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia;
6. Las demás que le encargue el Coordinador o Coordinadora General.

**Art. 8.-** A las conjuetas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia, les corresponde organizar los fallos de la Sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la Sala para que los eleve al Pleno de la Corte; mientras que a la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, le corresponde procesar los fallos de todas las salas de la Corte Nacional de Justicia y las demás funciones señaladas en el artículo 6 de esta Resolución.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los nueve y veintitrés días del mes de mayo de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr.

José Suing Nagua, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES NACIONALES, Dra. Aída Palacios Coronel, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES. Certificado.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

### **2.1.7. DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS EN CASO DE VARIAR LA INTEGRACIÓN DE UNA SALA DE JUECES O CONJUECES**

**Registro Oficial N° 753 de 25 de julio de 2012  
RESOLUCIÓN N° 07-2012**

#### **LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:**

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece las ocho Salas especializadas que conformarán la Corte Nacional de Justicia y que *“Necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a excepción de la Presidenta o Presidente de la Corte, que deberá integrar solamente una...”*

Que la misma disposición establece el número mínimo de Jueces y Juezas que deben conformar una Sala, pudiendo el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en cualquier tiempo, atendiendo la necesidad del despacho, disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas.

Que el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que *“El Consejo de la Judicatura, en coordinación con el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, determinará el número de conjuetas y conjueces que sean necesarios para la Corte Nacional de Justicia y la sala especializada a la cual serán asignados. Las conjuetas y los conjueces serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y régimen de incompatibilidades que las juezas y jueces. Desempeñarán sus funciones a tiempo completo y con dedicación exclusiva”*. Por tanto, los Conjueces y Conjuetas de la Corte Nacional de Justicia pueden también pertenecer a más de una Sala y ser reubicados de acuerdo a las necesidades del despacho, reubicación que corresponde resolverla al Presidente de la Corte

Nacional de Justicia en conjunto con el Consejo de la Judicatura.

Que han surgido dudas respecto de la forma cómo deben redistribuirse los procesos en caso de que en una Sala aumente o disminuya el número de Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas que la integran.

Que es necesario establecer reglas claras a fin de garantizar la seguridad jurídica establecida en la Constitución de la República;

En uso de la atribución legal prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

#### **RESUELVE:**

**Art. 1.-** En caso de que en una Sala especializada incrementa el número de Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas, todos los procesos que no se encuentren resueltos, serán resorteados.

**Art. 2.-** En caso de que en una Sala especializada disminuya el número de Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas, se seguirán las siguientes reglas respecto de los procesos pendientes de resolución:

- a) Los procesos en los que el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza que dejó de pertenecer a la Sala, no formaba parte de un Tribunal, continuarán siendo conocidos por aquellos Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas, a quienes correspondió por sorteo;
- b) Los procesos en los que el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza que dejó de pertenecer a la Sala, formaba parte de un Tribunal, sea o no en calidad de ponente, serán resorteados si la Sala queda integrada por más de tres Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas.
- c) Si la Sala queda integrada por tres Jueces o Juezas, Conjueces o Conjuezas, los procesos en los que el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza que dejó de pertenecer a la Sala, formaba parte de un Tribunal, sea o no en calidad de ponente, serán asignados al Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza, que no pertenecía en un inicio a ese Tribunal en virtud del sorteo respectivo, el que asumirá la competencia en la misma calidad que tenía el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza saliente.

**Art. 3.-** Si un Juez o Jueza, Conjuez o Con-

jueza pasa a otra Sala especializada y entra otro en su lugar, sin que se modifique el número de integrantes de la Sala, el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza que ingrese asumirá la competencia en todas las causas que no se encuentren resueltas, en la misma calidad que tenía el Juez o Jueza, Conjuez o Conjueza que salió de la Sala.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintisiete días del mes de junio de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. José Suing Nagua Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES NACIONALES, Dr. Alejandro Arteaga García, CONJUEZ. Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

#### **2.1.8. COMPETENCIA EN MATERIA PENAL AMBIENTAL RESOLUCIÓN N° 08-2012 LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:**

Que en el Registro Oficial N° 245, del 30 de julio de 1999, se promulgó la Ley de Gestión Ambiental, codificada en el Suplemento del Registro Oficial N° 418, del 10 de Septiembre del 2004; en cuyo Título IV: "De la Protección de los Derechos Ambientales", consta en el artículo 42, que dispone que toda persona puede ser escuchada en los distintos procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones ambientales, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos;

Que la disposición legal invocada, supra, en su segundo inciso, le da competencia al Presidente de la Corte Provincial de Justicia del lugar en que se produzca la "afectación ambiental", para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de ésta;

Que el doctor Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado, mediante oficio N° 11307, expresa que en la Provincia de Galápagos, en procesos instaurados por delitos contra el medio ambiente, un Tribunal Penal se ha declarado incompetente para resolver este tipo de infracciones, criterio que ha sido confirmado por la Primera Sala Penal, Colusorio y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y la Presidenta de dicha Corte, quienes han avocado conocimiento de esas causas. Con estos antecedentes, solicita a la Corte Nacional de Justicia, expida una resolución que aclare la situación planteada sobre la aplicación del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental;

Que el artículo 21, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, respecto de las reglas de competencia territorial dispone: "*Hay competencia de una jueza o juez de garantías penales o de un tribunal de garantías penales cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que esa jueza o juez de garantías penales o tribunal de garantías penales ejerce sus funciones...*";

Que el artículo 28, numeral 1 del mismo Código, prescribe que los tribunales de garantías penales tienen competencia, dentro de la correspondiente sección territorial, "*Para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública y de instancia particular, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución de la República y demás leyes del país*"; disposición concordante con el artículo 221.1 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Que el artículo 29.4 del Código de Procedimiento Penal, establece que "*Los presidentes de las cortes provinciales de justicia tendrán competencia para controlar la instrucción fiscal y para sustanciar y resolver la etapa intermedia en los casos de fuero*"; en concordancia con el artículo 212.3 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Que existe duda sobre la aplicación del artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental frente a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal;

Que el artículo 75 de la Constitución de la República consagra como un derecho de las personas el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad sin que en ningún caso quede en indefensión; y,

Que el hecho de que los delitos contra el medio ambiente sean sustanciados por el Presidente de la Corte Provincial y no por el juez de la sección territorial donde se produjo la infracción atenta a los principios de inmediación y economía procesal;

En uso de la facultad que le concede el artículo 180, numeral 6, del Código Orgánico de la Función Judicial,

**RESUELVE:**

**Art. 1.-** Para el caso de delitos contra el medio ambiente, contemplados en el Libro Segundo, Título V, Capítulo X-A, del Código Penal, serán competentes los Jueces y Tribunales de Garantías Penales de la sección territorial donde se cometió la infracción, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, excepto en los casos de fuero, en los que se actuará de acuerdo a la ley adjetiva penal y el Código Orgánico de la Función Judicial.

**Art. 2.-** Los procesos que se hayan iniciado por delitos contra el medio ambiente y que se encuentren en conocimiento de los Presidentes o de las Salas de Garantías Penales de las Cortes Provinciales de Justicia, pasarán a conocimiento de los jueces o tribunales de garantías penales, según corresponda, a fin de que sean éstos los que continúen con la sustanciación y resolución. De haber varios tribunales o juzgados, la competencia se radicará por sorteo. Las causas continuarán sustanciándose en el punto en que hubieren quedado, sin que en ningún caso este cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna.

Esta resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veinticinco días del mes de julio de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. José Suing Nagua, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES NACIONALES; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

Dra. Sylvana León León  
SECRETARIA GENERAL (E)

**2.1.9. PROCEDIMIENTO PARA EL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL CONTENIDO EN UN PRECEDENTE OBLIGATORIO  
RESOLUCIÓN N° 09-2012  
LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
CONSIDERANDO:**

Que la Constitución de la República en su artículo 184.2, establece como función de la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en fallos de triple reiteración;

Que el artículo 185 de la Constitución establece que las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir el fallo al Pleno de la Corte para que éste delibere y decida sobre su conformidad;

Que el mismo artículo 185 de la Constitución, en su parte final, prevé la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencial, que será sustentado por el juez o la jueza ponente en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y que su fallo sea aprobado de forma unánime por la Sala;

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial desarrollan el mandato constitucional del sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración emitidos por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, incluida la posibilidad de cambio de criterio jurisprudencial;

Que las referidas disposiciones constitucionales y legales generan dudas en cuanto al procedimiento a seguir en caso de cambio de criterio jurisprudencial declarado como precedente obligatorio por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre todo en cuanto a la unanimidad del fallo, tomando en cuenta que varias Salas están integradas por más de tres Jueces o Juezas, pero las sentencias las expiden tribunales conformados por tres Jueces o Juezas;

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como atribución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes;

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales,  
**RESUELVE:**

**Artículo 1.-** El establecimiento de un criterio jurisprudencial obligatorio, se realizará únicamente en base a resoluciones expedidas por una Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia. En aquellas Salas integradas con un número mayor a tres Jueces o Juezas, las sentencias que expidan los tribunales de aquellas salas, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, servirán de fundamento para establecer un precedente obligatorio en los términos previstos en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial.

El plazo previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, correrá a partir de la fecha en que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia ponga en conocimiento del Pleno la existencia de un posible caso de triple reiteración.

**Artículo 2.-** El cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de

Justicia, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia. Dicho fallo o sentencia, a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, deberá ser expedido en forma unánime por el Tribunal.

**Artículo 3.-** Ejecutoriada la sentencia que contenga un criterio jurisprudencial que se aparte del constante en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el Presidente o Presidenta de la Sala lo pondrá inmediatamente a conocimiento del Pleno por intermedio del Presidente o Presidenta de la Corte, para que decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio jurisprudencial se ha cambiado o determine si se trata de una cuestión nueva, no comprendida en dicho precedente.

Si el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resuelve dejar sin efecto el precedente obligatorio, el Tribunal o la Sala, podrán asumir el nuevo criterio; y, si éste se reitera por tres ocasiones, deberá ser puesto nuevamente a consideración del Pleno para que decida sobre su conformidad, observando el procedimiento previsto para la determinación de precedente obligatorio.

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remita copias certificadas de la presente resolución al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación. Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los quince días del mes de agosto de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (V.C.), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia (V.C.), Dr. Wilson Andino Reinoso (V.C.), Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dr. José Suing Nagua, Dra. Paulina Aguirre Suárez (V.C.), Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES NACIONALES, Dr. Edgar Flores Mier, Dra. Aída Palacios Coronel, Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES NACIONALES.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

### VOTO EN CONTRA

El artículo 184.2 de la Constitución, contempla como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración" y en concordancia con esta norma en la parte final del inciso segundo del Art. 185 ibídem, si bien se prevé la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio sustentado en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, se establece como condición para ello de manera clara que no admite duda de ninguna naturaleza, que para que ello, el fallo de la Jueza o Juez ponente "...deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala" Norma con rango constitucional que se produce en la parte final del inciso tercero del artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial al decir: "Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala...". En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Título III, Capítulo III, al regular sobre los órganos jurisdiccionales, en la Sección II, en los artículos 173 sobre integración, 178 relacionado con la estructura, 182 de precedentes jurisprudenciales, 183 en cuanto a la integración de la Corte Nacional, norma esta en la que además precisa el número de juezas y jueces que conforman cada sala; se utiliza en cada una de ellas el vocablo "sala", de tal modo que la parte final del inciso segundo del Art. 185 de la Constitución, no genera duda de ninguna naturaleza y de ocurrir aquello se podría estar mas bien en el caso de una situación de interpretación constitucional al tenor de lo previsto en el artículo 436.1 de la Carta Fundamental, en armonía a lo previsto en el artículo 154 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y no en la emisión de una Resolución de la Corte Nacional según lo dispuesto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en tanto la norma constitucional tiene el rango que se determina en los artículos 424, 425 y más conexas de la Constitución.

Así mismo, el artículo 427 de la Carta Fundamental establece los principios que deben ser tomados en cuenta para los casos y en las condiciones que proceda la interpretación constitucional, según los escenarios que se produzcan en el ám-

bito jurídico, en concordancia con la disposición del artículo 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, normas de las cuales se establece más allá de a literalidad del texto o vocablo constitucional, la necesidad de aplicar una técnica que sea capaz de descifrar la finalidad perseguida por el constituyente al momento de la creación de la norma contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 185 de la Constitución antes analizado y en perspectiva a responder a las exigencias del paso de los tiempos, que en el presente caso no es otro que para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio a más de la motivación y fundamentación respectivas, el fallo del Juez ponente, por mandato constitucional debe ser aprobado de forma unánime, "...por la Sala", esto es, por la totalidad de Juezas y Jueces que conforman aquella y no por un "Tribunal", que en la actualidad se conforma uno por cada causa de la que se ha interpuesto recurso de casación.

A consecuencia de lo cual creemos que, modificar el procedimiento en referencia del modo que se ha planteado, significaría generar una situación jurídica que afecta el principio de supremacía de la Constitución, así como, el derecho a la seguridad jurídica de las y los ciudadanos, que buscan se logre los más altos niveles en los cuales se consoliden auténticos procesos de realización de la justicia.

Por lo expuesto votamos en contra del Proyecto de la Resolución que antecede.

ff) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Dr. Wilson Andino Reinoso.

RAZÓN: Siento por tal que las cinco fojas selladas y numeradas que anteceden son copias iguales a sus originales, las mismas que reposan en los libros de Acuerdos y Resoluciones del Tribunal de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico.- Quito, 10 de septiembre del 2012.

Dra. Isabel Garrido Cisneros,  
SECRETARIA GENERAL

**2.1.10. CAMBIO EN LA INTEGRACIÓN DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
RESOLUCIÓN N° 10-2012  
LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
CONSIDERANDO:**

Que el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas..."*;

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que *"En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas: 1. Sala de lo Contencioso Administrativo; 2. Sala de lo Contencioso Tributario; 3. Sala de lo Penal; 4. Sala de Adolescentes Infractores; 5. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 6. Sala de lo Civil y Mercantil; 7. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia; y, 8. Sala de lo Laboral. Atendiendo el volumen de trabajo y las necesidades del servicio, la Sala Penal estará integrada por al menos nueve juezas o jueces; la sala de lo Laboral por al menos diez; la sala de lo Civil y Mercantil por al menos seis; y, las salas de lo Contencioso Administrativo, Contencioso Tributario, de Familia, Niñez y Adolescencia, de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y de Adolescentes Infractores por al menos tres cada una"*.

Que la misma norma legal dispone que con excepción del Presidente de la Corte, necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a cuyo efecto, al posesionarse acordarán las salas que integrarán y en caso de no hacerlo, *"esta designación la hará el pleno de la Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez..."*

Que a fin de optimizar el despacho de las causas en la Corte Nacional de Justicia, es necesario proceder a la redistribución de las Salas especializadas a la que pertenecen algunos de los Jueces y Juezas de este Tribunal;

En uso de sus atribuciones legales

**RESUELVE:**

**Art. 1.-** Reformar la Resolución N° 04-2012, de 28 de marzo de 2012, en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo y de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

1. Dr. José Suing Nagua
2. Dr. Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo
3. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

**SALA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO**

1. Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso
2. Dra. Mariana Yumbay Yallico
3. Dr. Merck Benavides Benalcázar
4. Dra. Lucy Blacio Pereira
5. Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

**Art. 2.-** En uso de la facultad prevista en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintinueve días del mes de agosto del año dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. José Suing Nagua, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana

Pérez Valencia, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Zulema Pachacama Nieto CONJUEZA NACIONAL.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

**2.1.11. INTEGRACIÓN DE LA SALA TEMPORAL DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**RESOLUCIÓN N° 11-2012**

**Suplemento del Registro Oficial N° 792 de 19 de septiembre del 2012**

**LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:**

Que el Pleno del Consejo de la Judicatura, en uso de sus atribuciones, mediante Resolución N° 070-2012, de diecinueve de junio de dos mil doce, creó cuatro Salas especializadas con carácter de temporal en la Corte Nacional de Justicia, en las siguientes materias: Penal, Civil y Mercantil, Laboral y Contencioso Administrativo;

Que los integrantes de esas Salas, han sido nombrados de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la mencionada Resolución N° 070-2012, que establece en su inciso segundo que *“Las juezas o jueces que integrarán las Salas Temporales Especializadas serán designados del banco de elegibles de aquellos que no fueron elegidos como conjuezas y conjueces del Concurso de Méritos, Oposición, Impugnación Ciudadana y Control Social, para la selección y designación de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, concluido el 26 de enero del 2012, designación que se realizará en orden de prelación de puntaje”*.

Que el artículo 15 de la Resolución N° 070-2012, dispone que en *“Todo asunto no previsto en la presente resolución, será resuelto por el Director General del Consejo de la Judicatura”*.

Que el Director General del Consejo de la Judicatura, con Oficio N° 2022-DG-CJT-12, de 29 de agosto de 2012, comunica al Presidente de la Corte Nacional de Justicia que *“la Dirección*

Nacional de Personal procedió a verificar las personas que conforman el Banco de Elegibles a efectos de designar, a las Juezas y Jueces temporales de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, para la conformación de la Sala Temporal Especializada de lo Laboral, no existen elegibles en el Banco; por lo que, no es posible la conformación de la sala conforme lo señalado en la resolución N° 070-2012"; por lo que en uso de la atribución a él conferida por el artículo 15 de dicha Resolución, considera que es el Pleno de la Corte Nacional de Justicia la que debe disponer la integración de la Sala Laboral con las demás jueces y jueces titulares y temporales, de acuerdo al artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "...El pleno de la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas..."; Que a fin de evitar la paralización del despacho de las causas en la Salas Temporales de la Corte Nacional de Justicia, es necesario que algunos de sus Jueces integren más de una Sala especializada; En uso de sus atribuciones legales

#### RESUELVE:

**Art. 1.-** Integrar la Sala Especializada Temporal de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, de la siguiente forma:

#### SALA DE LO LABORAL

Dr. Juan Francisco Morales Suárez  
Dr. Luis Iván Nolivós Espinoza  
Dr. Juan Patricio Maldonado Benítez

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los cinco días del mes de septiembre del año dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Ximena Vinti-

milla Moscoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Dra. Zulema Pachacama Nieto, Dr. Héctor Mosquera Pazmiño, Edgar Wilfrido Flores Mier, CONJUECES Y CONJUEZAS.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL

#### 2.1.12. DEJA SIN EFECTO EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO QUE ESTABLECÍA QUE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS JUICIOS POSESORIOS SON FINALES Y DEFINITIVAS Y GOZAN DE LA CARACTERÍSTICA DE COSA JUZGADA MATERIAL RESOLUCIÓN N° 12-2012

Registro Oficial N° 832 de 16 de noviembre de 2012

#### LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que el artículo 185 de la Constitución establece que las sentencias emitidas por las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria, esto es, tendrá vigencia erga omnes.

Que el mismo artículo 185 de la Constitución, en su parte final, establece que para cambiar un criterio jurisprudencial obligatorio, la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

Que el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que el fallo que cambie un criterio jurisprudencial, deberá ponerse de

inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución N° 09-2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 792 de 19 de septiembre del 2012, estableció que el cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, mediante un fallo o sentencia, que a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, deberá ser expedido en forma unánime por el Tribunal.

Que la misma Resolución dispone que ejecutoriada la sentencia que contenga un criterio jurisprudencial que se aparte del constante en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el Presidente o Presidenta de la Sala lo pondrá inmediatamente a conocimiento del Pleno por intermedio del Presidente o Presidenta de la Corte, para que decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio jurisprudencial se ha cambiado o determine si se trata de una cuestión nueva, no comprendida en dicho precedente.

Que los Jueces y Juezas de la Sala de lo Civil y Mercantil de este Tribunal, mediante Oficio s/n, de 16 de julio de 2012, ponen en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que de forma unánime y sustentados en razones jurídicas, han cambiado el criterio jurisprudencial obligatorio que consta en la Resolución de 21 de abril de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 195, de 19 de mayo de 2010, en razón de que las resoluciones dictadas en procesos posesorios no son definitivas, ni gozan de la característica de cosa juzgada sustancial, pues no impide que el mismo asunto y entre las mismas partes, pueda ser nuevamente objeto de juicios; por ende y conforme al artículo 2 de la Ley de Casación, no son susceptibles de recurso de casación. Por lo que solicitan que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, decida si deja sin efecto el citado precedente jurisprudencial. Que, en sesión de 17 de

octubre de 2012, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia analizó los argumentos expuestos por los Jueces y Juezas de la Sala de lo Civil y Mercantil y luego del debate respectivo, se llegó a la conclusión de que efectivamente al ser posible, de conformidad con el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, que en un juicio posterior se rectifique la sentencia dictada en el juicio posesorio, estos si bien son de conocimiento, la sentencia no es definitiva al no hacer tránsito a cosa juzgada sustancial o material.

En uso de la atribución prevista en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

**RESUELVE:**

**Art. 1.-** Dejar sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 21 de abril de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 195, de 18 de mayo de 2010, que establecía que las sentencias dictadas en los juicios posesorios son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material.

Publíquese en el Registro Oficial y la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil doce.

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE (V.C.); Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Juan Montero Chávez, Dr. Alejandro Arteaga García, CONJUECES NACIONALES.

Dra. Isabel Garrido Cisneros  
SECRETARIA GENERAL



# TERCERA PARTE



## CAPITULO III

FALLOS RELEVANTES DICTADOS POR LAS SALAS  
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



### 3.1. Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia

#### 3.1.1. Juicio Nº 481-2009

**Asunto:** Nulidad de Sentencia

**Jueza Ponente:** Dra. Paulina Aguirre Suárez

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito a, 26 de junio del 2012, las 14h10.- VISTOS: (481-2009)** En virtud de que la Jueza y Jueces abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución Nº 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero del 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa.- **Antecedentes:** En el juicio ordinario que por nulidad de sentencia sigue **Néstor Vinicio Alvarado Sumba** contra **María Cristina Japa Sari**; la demandada interpone recurso de hecho, ante la negativa al de casación que formulara respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior Justicia de Cuenca, el 19 de noviembre de 2008, a las 14h00, que aceptando el recurso de apelación, revoca el fallo del juez de primer nivel, y aceptó la demanda.- El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO: Competencia:** Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 1 de la Ley de Casación; por cuanto el recurso de casación ha sido calificado y por ende, admitido a trámite por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 02 de julio del 2009; las 10h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación; y, por corresponder

a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado acorde a lo previsto en el Art. 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme obra de la razón precedente.- **SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación:** La casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 82, 300 y 301 numeral primero del Código de Procedimiento Civil.- **TERCERO.- Motivación:** Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **3.1.-** Este Tribunal procede a analizar el cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **3.1.1.-** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación procede por: "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.".- El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el

enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgando. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. **3.1.2.-** Respecto del cargo por la causal primera, la recurrente manifiesta: *“Los fundamentos en que se apoya el recurso de Casación interpuesto lo fundamentamos de la siguiente manera; por falta de aplicación de los Art. 300, 301 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, que debieron ser considerados por vosotros como Juzgadores, para establecer jurídicamente la improcedencia de la demanda, pues la sentencia que se solicita sea declarada nula, se encuentra EJECUTADA con la venta del inmueble realizado ante el Notario Dr. Wilson Peña C. e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón San Fernando en fecha 28 de Febrero del 2007; y con ello torna improcedente la declaratoria de nulidad, por mandato expreso de la Ley, que refiere con claridad absoluta que una sentencia ejecutada no puede declararse su nulidad”*. Expresa además la casacionista que: *“Sobre el argumento de falta de citación del demandado en que fundamentan su fallo, es decir que se ha incumplido con lo que dispone el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, considero que sus criterios son totalmente equivocados, pues en el proceso he demostrado que no ha habido ningún contacto con el Sr. Vinicio Alvarado Sumba, pues el mismo desde que presentó su demanda ilegal en Estados Unidos, no se volvió a saber del mismo, habiendo igualmente como consta del proceso, he demandado en el Juzgado Segundo de la Niñez, el pago de una pensión alimenticia a favor de sus hijos, adoptando el mismo mecanismo de citación al*

*demandado esto es por la prensa; por una simple razón, esto es el no saber o desconocer su domicilio...”*. (sic).- **3.1.3.-** Respecto a lo expresado en el numeral anterior, este Tribunal considera que sí existe falta de aplicación de los artículos 330 y 331 numeral primero del Código de Procedimiento Civil, y fundamenta este criterio en el siguiente análisis: Del estudio de la sentencia recurrida, no se desprende que la Sala (de instancia) haya aplicado los mencionados artículos al declarar la nulidad de la sentencia que concede la administración extraordinaria de la sociedad conyugal a María Cristina Japa Sari, pues no se los cita textualmente, ni se los insinúa en todo su contenido. El artículo 300 del Código de Procedimiento Civil dispone: *“La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción por el vencido ante el juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia.”*, y el artículo 301.1 ibídem dispone: *“No ha lugar a la acción de nulidad: 1. Si la sentencia ha sido ya ejecutada”*. En el presente caso, es preciso determinar si se encontraba ejecutada la sentencia que declara la administración extraordinaria de la sociedad conyugal a favor de María Cristina Japa Sari al tiempo de la demanda. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado expresando que: *“La forma en que una sentencia deba ejecutarse varía según el tipo de proceso. En los procesos declarativos puros, en que se pide al Juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica, la ejecutoria de la sentencia implica simultáneamente la ejecución; en los procesos de condena, en que el demandado vencido debe satisfacer una prestación, la ejecución se producirá cuando esa prestación haya sido cumplida, ya sea voluntariamente ya través de la coacción judicial. En los procesos constitutivos o de declaración constitutiva, como también suele llamarlos la doctrina, la sentencia implica la modificación de una situación jurídica preexistente y la constitución de una situación jurídica nueva.”* (NULIDAD DE SENTENCIA. Expediente 10, Registro Oficial 329, 6 de Mayo del 2004.). En el presente caso, nos encontramos ante un proceso *“constitutivo o de declaración constitutiva”*, pues su objetivo es modificar una situación jurídica preexistente y constituir una situación jurídica nueva. La situación jurídica preexistente era que María Cristina Japa Sari, no podía administrar la sociedad conyugal por sí sola, ni realizar actos o contratos a nombre de

ésta, y, la constitución de una situación jurídica se realiza al momento en que se la declara administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, y como tal, ejecuta actos a nombre de ésta. De fojas 2 a 7 del expediente de primera instancia, se desprende que la demandada compareció en un contrato de compra venta de un inmueble situado en el cantón San Fernando, Provincia de Azuay, a nombre de la sociedad conyugal pues ejerció la facultad que le confirió la sentencia que le concede la administración extraordinaria y la adjunta como documento habilitante para realizar dicho contrato. Este acto jurídico, es suficiente prueba en el presente caso para determinar si se encontraba o no ejecutada la sentencia cuya nulidad se demanda, de acuerdo a lo antes expuesto, y por tanto, este Tribunal considera que la sentencia cuya nulidad se pretende, se encontraba ejecutada al tiempo de la demanda y no se podía declarar su nulidad, pues el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 301.1 *ibídem* lo prohíben. Por lo expuesto, se ha justificado la infracción alegada por la recurrente, y en consecuencia, se procede a casar la sentencia objeto del recurso, y dictar una sentencia de mérito en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación.-

**Cuarto.- 4.1.-** Como ya se expresó en el considerando Primero de la sentencia, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa.-

**4.2.-** No se han omitido ni violentado solemnidades sustanciales en la tramitación del presente proceso, y por tanto se lo declara como válido.-

**4.3.-** A fojas sesenta y seis del expediente de primer nivel, comparece el Dr. Nixon Geovani Noguera Chacha, en calidad de Procurador Judicial de Néstor Vinicio Alvarado Sumba, manifestando en primer lugar sus datos generales de Ley y los de su mandante, y además que conforme consta de la copia certificada del proceso que acompaña, aparece que en el Juzgado III de lo Civil del cantón Cuenca se inició y se tramitó el Juicio de la Administración Extraordinaria de Sociedad Conyugal N° 70-2006 seguido por el Dr. Luis Galarza Ordoñez en calidad de procurador judicial de María Cristina Japa Sari en contra de Néstor Vinicio Alvarado Sumba, habiéndose emitido sentencia el día 25 de agosto del 2006, a las 08h10, la misma que se encuentra ejecutoriada y no ejecutada. Expresa, además, que no ha comparecido al juicio referido, por desconocimiento de su tramitación debido a que con mala fe y co-

metiendo el delito de perjurio, se solicitó la citación de su mandante por la prensa, a pesar de que María Cristina Japa Sari perfectamente conocía y conoce el domicilio y residencia de Néstor Vinicio Alvarado Sumba, ya que un hijo del matrimonio, Leonardo Vinicio está radicado y vive en la misma casa de habitación de su mandante en los Estados Unidos, y por tanto, el juicio se siguió y terminó en rebeldía, sin permitirle a su representado ejercer el legítimo derecho a la defensa, violándose el debido proceso consagrado en la Constitución. Dice también que al haberse celebrado el acto matrimonial en el cantón San Fernando, Provincia de Azuay, al haber este mismo lugar constituido el último domicilio de los cónyuges Alvarado - Japa, al encontrarse los bienes de la sociedad conyugal única y exclusivamente en el cantón San Fernando, y al no haber fijado ni siquiera de manera temporal su domicilio en la ciudad de Cuenca, no existe la concurrencia de elemento alguno que determine la competencia en uno de los jueces del cantón Cuenca. Por todo lo expuesto, demanda la nulidad de la sentencia pronunciada en el juicio de administración extraordinaria de la sociedad conyugal N° 70-2006, emitida el 25 de agosto del año 2006 a las 08h00; la nulidad procesal conforme lo determinado en el art. 8 del Código Civil; la nulidad de los actos y contratos de administración extraordinaria efectuados por María Cristina Japa; costas procesales y los honorarios de su abogado patrocinador.-

Admitida la demanda a trámite, y citada legalmente la demanda (fs. 93 y 94), comparece el Dr. Lucas Galarza Ordoñez en representación de María Cristina Japa, y contesta a la demanda (fs. 97) con las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2.- Improcedencia de la acción, pues la sentencia se encuentra ejecutada; 3.- Pago de costas procesales incluyendo honorarios, por temeridad y mala fe al litigar. A fojas 100, la Dra. Marcia Nieto, Jueza Tercera de lo Civil de Cuenca, se excusa de conocer la causa en virtud de lo dispuesto en el artículo 856 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, alegando que el juez que dictó la sentencia, no puede conocer de la nulidad del mismo fallo, y por tanto, se envía el proceso a la oficina de Sorteos del Distrito Judicial del Azuay. Luego de sorteada la causa correspondió su conocimiento al Juez Vigésimo de lo Civil del cantón Cuenca.

**4.4.-** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 del

Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar afirmativamente los hechos propuestos en la demanda, y además, es obligación del demandado, probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga.- En la presente causa, se ha solicitado en primera instancia las siguientes diligencias probatorias: Por parte del actor: 1.- Se recepen los testimonios de Manuel Gualpa Espinoza, Manuel Monge Guanga, Dolores Pasato Loja al tenor de las preguntas que adjunta en el mismo escrito (fs. 119, 224 vta., 225 y 226); 2.- Se reproduzca lo ventajoso y favorable de autos, en especial la demanda y los documentos públicos adjuntos a ella (fs. 158); 3.- Objeta e impugna lo adverso, principalmente las excepciones (fs. 158); 4.- Reproduce a su favor la partida integra de matrimonio que consta en autos (fs. 78); 5.- Se adjunte las partidas de nacimiento tanto del actor como de la demandada (fs. 8 y 9); 6.- Reproduce las copias certificadas del juicio de administración de sociedad conyugal No. 70-2006 (fs. 10 a 65); 7.- Reproduce los certificados del Registrador de la Propiedad en los que constan los bienes de la sociedad conyugal (fs. 79 y 80); 8.- Se oficie a la Dirección de Migración del Azuay a fin de recabar los movimientos migratorios de Leonardo Vinicio Alvarado Japa, Raúl Alberto Alvarado Japa y María Cristina Japa Sari (fs. 158, 243, 246 - 253); 9.- Se incorporen los documentos conferidos por el Departamento de Justicia, Inmigración y Naturalización de Estados Unidos de América que adjunta (fs. 122 y 123), solicitando se designe un perito para la traducción de los mismos (fs. 230-234); 10.- Se agreguen los documentos que adjunta, y que certifican remesas de dinero a Leonardo Vinicio Alvarado Japa, Raúl Alberto Alvarado Japa, María Cristina Japa Sari y Carmen Alvarado Sumba (fs. 124-155); 11.- Se incorpore la declaración juramentada rendida por Leonardo Vinicio Alvarado Japa (fs. 156).- Por parte de la demandada, el Dr. Lucas Galarza solicita: 1.- Se tenga como prueba todo lo que de autos le sea favorable (fs. 113); 2.- Se adjunte al proceso como prueba a su favor, la escritura de compraventa celebrada en la Notaría Decimo Segunda del cantón Cuenca por María Cristina Japa, a favor de John Mora Japa, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón San Fernando el 28 de febrero del 2007, escritura que para ser celebrada se contó con la sentencia de administración extraordinaria de sociedad con-

yugal; 3.- Se tenga como prueba la fotocopia del juicio de alimentos 368-2004 seguido en el Juzgado Segundo de la Niñez y Azuay (fs. 160 a 205); 4.- Se adjunte la sentencia de divorcio dictada por el Juez de lo Civil del cantón San Fernando (fs. 206); 5.- Se adjunten los certificados de estudios del Instituto de Educación Secundaria "Luis Manzanares" de Murcia - España; 6.- Se adjunte el original de un divorcio que Vinicio Alvarado habría iniciado en California - Estados Unidos (fs. 209-215); 7.- Se incorpore al proceso una copia del Poder General otorgado por Vinicio Alvarado, a favor de su actual esposa Silvia Alvarado, en la Notaría del Cantón San Fernando, para que le represente en la partición y liquidación de bienes que mantenía con su ex cónyuge María Cristina Japa Sari (fs. 216); 8.- Tacha a los testigos presentados por el actor en el juicio (fs. 220); 9.- Impugna la documentación presentada por Vinicio Alvarado, en especial en lo referente a los giros que ha realizado (fs. 220); 10.- Se tome en cuenta que ninguno de los envíos son realizados a nombre de María Japa; 11.- Impugna la declaración juramentada de su hijo Leonardo Vinicio Alvarado Japa; 12.- Se tome en cuenta que su hijo Vinicio Alvarado, mantenía comunicación con Leonardo Alvarado mientras vivía en España, por tanto conocía donde vive en dicho país en España; 13.- Pide que los testigos presentados por el actor, sean repreguntados de acuerdo al cuestionario que adjunta (fs. 224 vta. - 226). **4.5.-** De acuerdo a lo antes ya mencionado en el numeral 3.1.3 de esta sentencia, este Tribunal considera que la sentencia cuya nulidad se pretende declarar sí se encontraba ejecutada al tiempo de presentarse la demanda; toda vez que la copia certificada de la escritura pública de compra venta de un inmueble ubicado en el cantón San Fernando, Provincia de Azuay (fs. 2 a 7), celebrada por María Cristina Japa Sari como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, a favor de John Alejandro Mora Japa, es suficiente prueba de que se ejecutó lo resuelto en la sentencia cuya nulidad se demanda. Al haber sido además alegada esta cuestión como excepción (fs. 97) por parte de la demandada, no cabe declarar la nulidad de sentencia dictada el 25 de agosto del 2006, a las 08h10 por la Jueza Tercero de lo Civil del Cantón Cuenca, dentro del juicio de administración extraordinaria de sociedad conyugal.- Por las consideraciones que anteceden la Sala de lo Civil y Mercantil 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,** CASA la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior Justicia de Cuenca, el 19 de noviembre de 2008, a las 14h00, y en su lugar, en los términos que constan en este fallo, se ratifica

la sentencia del Juez de primer nivel, que desecha la demanda.- Sin costas.- Notifíquese.- Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Jueza y Jueces Nacionales.- Certifico: Dra. Lucía Toledo Puebla.- Secretaria Relatora.- Certifico que es fiel copia del original.- Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora

### 3.1.2. Juicio N° 510-2010

**Asunto:** Daño Moral y daños y perjuicios materiales

**Jueza Ponente:** Dra. Paulina Aguirre Suárez

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito a, 24 de julio del 2012, las 16h45.- VISTOS:** (510-2010) En virtud de que la Jueza y Jueces abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero del 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa.- **Antecedentes:** **1)** En el juicio ordinario que por daño moral y daños y perjuicios materiales sigue Elías Gattass Sahih contra el Banco del Pacífico S.A. y Ab. Luis Villacís Guillen, por sus propios derechos; el actor interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 6 de noviembre del 2002, a las 16h39, que desechando el recurso de apelación, confirma el fallo del Juez de primer nivel, que rechazó la demanda.- **2)** La Corte Constitucional para el período de Transición, en virtud de la acción extraordinaria de protección propuesta por el Banco del Pacífico S.A., dictó la Resolución N° 022-10-SEP-CC, de fecha 11 de mayo del 2010, en la que resolvió aceptar parcialmente la Acción Extraordinaria de Protección del Banco del Pacífico S.A.; dejar sin efecto la sentencia de la Segunda Sala de Conjueces Temporales de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación N° 100-2003; y, disponer que el recurso de casación se vuelva a sustanciar por parte de la Corte Nacional de Justicia. El motivo para anular el fallo fue: "Finalmente, la sentencia con fundamento en el artículo 279 del Có-

digo de Procedimiento Civil, dispone el pago de 5'000.000 de dólares a favor del señor Elías Gattass Sahih por daño moral y daños y perjuicios, sin que en la misma se encuentre razonamiento alguno respecto a la referida fijación. Es verdad que el mencionado artículo faculta al juez o tribunal a determinar en la sentencia, la cantidad a pagarse cuando se condena a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, pero no es menos cierto que las decisiones judiciales han de contener al menos un mínimo razonamiento que las justifique, de lo contrario resultarían arbitrarias. Es por esta razón que en la sentencia en estudio no se constata el por qué se fija la cantidad de 5 millones de dólares; qué cantidad corresponde a la pretensión de daño moral y qué cantidad a la indemnización por daños y perjuicios, tanto porque la sentencia no lo indica, cuanto porque en ella no se ha analizado la gravedad de los daños y la correspondencia a la misma de una determinada indemnización. Debe quedar absolutamente claro que esta Corte Constitucional, a partir del argumento expuesto, no está inmiscuyéndose en las facultades de la justicia ordinaria, puesto que el pronunciamiento en cuestión no está dirigida a la cuantificación o fijación a partir de las pruebas valoradas que dieron lugar a la indemnización conferida a favor del señor Elías Gattass Sahih; por el contrario, la decisión de esta Corte se circunscribe al modo, y bajo que lógica argumentativa se llegó a dicha decisión." (sic).- **3)** La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Titular, Marcelo Páez Sánchez, Conjuez Permanente y Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente, mediante auto de 15 de febrero del 2011,

a las 11h30, resolvió volver a admitir a trámite el recurso de casación por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación.- El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO: Competencia:** Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 1 de la Ley de Casación; y, por corresponder a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado acorde a lo previsto en el Art. 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme obra de la razón precedente.- **SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación:** La casacionista fundamenta su recurso en las siguientes causales y vicios contemplados en el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-** En la causal primera, del artículo 3 de la Ley de Casación: Por falta de aplicación del Artículo innominado agregado por la Ley N° 171, promulgada en el Registro Oficial N° 779, de 4 de julio de 1984, a continuación del Art. 2258 del Código Civil, respecto del daño moral; falta de aplicación del Código Civil Art. 2256, sobre la responsabilidad por actos de dolo o malicia, del Art. 2244 sobre la responsabilidad de los autores, del Art. 1744 sobre la fecha de los instrumentos públicos, del Art. 1747 sobre la fecha de un instrumentos privado, y del Art. 1599, relacionado a los daños; errónea interpretación del Art. 518 del Código de Procedimiento Civil.- **2.2.-** En la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto se ha inaplicado lo dispuesto en los Arts. 120, 198 y 180 del Código de Procedimiento Civil; preceptos jurídicos de valoración de la prueba que no han sido aplicados; que no tomaron en cuenta pruebas legalmente actuadas dentro del término probatorio por la parte actora, inaplicando los Arts. 2258 2256 y 2244 del Código Civil.- En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **TERCERO.- Cargos contra la sentencia:** De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en

primer lugar las causales que corresponden a vicios "*in procedendo*", que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores "*in iudicando*", que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.- **3.1.-** Con sustento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente hace las siguientes acusaciones: Que la Sala de instancia equivocadamente afirma en el considerando Séptimo que: "...la acción de concurso de acreedores que fuera ejercida por los accionados, no es un tema propiamente materia de un debate por daño moral y esto por la simple y llana razón a que las acciones o ejercicios que viabiliza o posibilita la ley no pueden ser antijurídicas o peor confirmativas de un hecho ilícito que obligue a resarcir al presunto agraviado o perjudicado, lesiones extrapatrimoniales o morales".(sic).- Que existe errónea interpretación del inciso segundo del Art. 518 del Código de Procedimiento Civil, sobre la procedencia de la demanda de concurso de acreedores, sin existir mandamiento de ejecución; pues indica que lo señalado por la parte demandada, en la que reconoce haber utilizado tal disposición legal, cambiando la letra de la Ley, pues no es verdad que se puede solicitar la formación de concurso de acreedores de todas aquellas personas que se encuentren en estado de cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas con documentos reconocidos o con instrumentos públicos. Indica el recurrente que la ley establece en dicho artículo, que se requiere para demandar no el concurso de acreedores (que fue la que le hicieron a mi poderdante los demandados) sino la quiebra, se necesitan varios elementos en conjunto: 1.- Que se trate de un comerciante matriculado, 2.- Que se haya cesado en el cumplimiento de obligaciones a tres o más personas distintas, y 3.- Que estas obligaciones hayan sido acreditadas con documentos

reconocidos, o con instrumentos públicos. Aquí está la grave violación de la Ley y que originó los daños morales y daños y perjuicios que se reclaman, pues sin existir ni mandamiento de ejecución ni tratarse de comerciante matriculado, ni existir la cesación de obligaciones a tres o más personas distintas acreditadas con documentos reconocidos o documentos públicos, la parte demandada en este juicio presentó la demanda de concurso de acreedores del Ing. Elías Gattas Sahih y que fue la que produjo los daños morales y daños y perjuicios que se reclaman en este juicio.- Dice además, que se ha demostrado que jamás se ha pronunciado contra el ing. Elías Gattas Sahih, ningún mandamiento de ejecución no cumplido, mandamiento que consiste en ordenarse que un deudor pague o dimita bienes. Solamente en ese caso procede una demanda de concurso de acreedores.- Agregan que los propios demandados al contestar esta demanda admitieron expresamente haber cometido el hecho que da lugar a la acción de daño moral y daños y perjuicios cuando le demandaron la formación de concurso de acreedores, pero ocultaron maliciosamente que lo dispuesto en el Art. 518 del Código de Procedimiento Civil solo se aplica a comerciantes matriculados y el juicio se denomina de quiebra, sin que hubieran justificado que Elías Gattass tenga la condición de comerciante, como tampoco que haya cesado en el cumplimiento de sus obligaciones a tres personas distintas acreditadas con documentos reconocidos o instrumento público.- En este punto manifiesta el recurrente que es absurdo lo manifestado por el Juez A quo al manifestar que el actor no ha demostrado una acción ilícita imputable a la parte demandada, como único fundamento para que proceda la indemnización de daño moral, cuando por el contrario, dice el recurrente, se ha demostrado que no existió contra Elías Gattass mandamiento de ejecución en el que conste que pague o dimita bienes, caso en el que únicamente procede demandar concurso de acreedores, contrario a lo que dispone el Art. 518 del Código de Procedimiento Civil.- **3.2.-** Respecto de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, alega la falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la “VALORACION DE LA PRUEBA”, lo cual ha conducido a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia; que el precepto jurídico de valoración de la prueba que no ha sido aplicado es el Art. 120 del Código de Procedimiento Civil, que limita la

prueba a lo que se litiga, lo cual se determina con la “Litis Contestatio”, en este proceso tanto el Juez a-quo como el Tribunal de Apelación permitiendo pruebas impertinentes, presentadas por la parte demandada.- Además que dentro de esta causal los jueces a-quo y de Segunda Instancia, no tomaron en cuenta pruebas legalmente actuaadas dentro del término probatorio por la parte actora, inaplicando los Arts. 2258 2256 y 2244 del Código Civil.- Dice el casacionista que respecto al considerando Séptimo de la sentencia de primera instancia se dispone que las pruebas aportadas por los demandados, ha quedado evidenciado lo inverosímil de los documentos con los que el actor ha pretendido justificar los supuestos perjuicios económicos, en especial el contenido del Convenio de Inversión y Compra de Productos y la comunicación suscrita el 16 de agosto de 1998 por el señor Néstor Manuel Monroy Cedeño. Que la fecha del contrato no fue impugnada por la demandada, y constituye plena prueba, contrato revocado por causa del Banco del Pacífico S.A. y por otro lado, el Juez considera para pronunciarse una copia simple de una evaluación o informe supuestamente elaborado por el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, que la parte demandada presenta. Agrega que en ningún momento se estableció que el Ing. Elias Gattas Sahih era el que tendría que personalmente producir las tilapias, su obligación era solo entregarlas. Sin embargo el señor Juez A-quo interpreta condiciones que no contiene el contrato de inversión cuya revocatoria fue ocasionada por la dolosa actitud y proceder del Banco de Pacífico S.A.; y se reproduce por parte del demandado, prueba presentada por el actor, como es el Convenio de Inversión y Compra de Productos y la comunicación suscrita el 16 de agosto de 1998 por el señor Néstor Manuel Monroy Cedeño, las mismas que la rechaza el Juez A-Quo, sin embargo conforme al Art. 180 del Código de Procedimiento Civil, la fuerza probatoria de un instrumento, es indivisible y no se puede aceptar en una parte y en otra rechazarla. Se confirmó la veracidad de los instrumentos con una inspección de libros y protocolos de la Notaria del cantón Yahuachi, solicitado por la parte demandada.- **CUARTO.- Motivación:** Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o

principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **3.1.-** Este Tribunal procede a analizar en primer término el cargo por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **3.1.1.-** La causal tercera en referencia procede por: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”*.- Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. Al invocar esta causal el recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectado como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. **3.1.2.-** Como queda anotado, el recurrente acusa la falta de aplicación del Art. 120 del Código de Procedimiento Civil, (Art. 116 en la actual Codificación), norma que dispone: *“Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio”*.- Al respecto se debe establecer si esa disposición legal contiene o no un precepto jurídico de valoración de la prueba, que es el tipo de infracción a la que se refiere la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- Son normas de valoración de

la prueba aquellas que contienen un mandato para el juzgador señalándole específicamente cómo debe valorar determinado medio de prueba; así en unos casos el legislador ha querido que las juezas y jueces den un valor probatorio de mayor eficacia a ciertos medios de prueba, como ocurre con el instrumento público en los Arts. 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil, cuando se expresa que los instrumentos públicos hacen fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; en otros casos, el legislador ha querido que aprecie el valor probatorio de la prueba testimonial acorde a las reglas de la sana crítica, conforme lo dispone el Art. 207 del referido Código.- Cabe mencionar que una norma de valoración de prueba es toda aquella que: *“rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica”* (Fundamentos del Derecho Procesal Civil - Eduardo J. Couture, cuarta edición, pág. 211).- En este contexto, es necesario aclarar que entonces, la norma del Art. 120 del Código Procesal Civil (actual Art. 116) no es propiamente un “precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba”, sino que contiene un mandato de distinta naturaleza jurídica, ya que determina la obligación de las partes en litigio de solicitar la práctica de diligencias probatorias que se ciñan a los hechos alegados en el proceso, esto es, en la demanda y en las excepciones, que constituyen el tema de la litis.- Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, es necesario puntualizar la pertinencia de la prueba debe ser considerada y resuelta por el juez al momento de dictar sentencia, pues no puede ser desechada de plano cuando es solicitada por la parte que se considere asistida de actuar determinada prueba dentro del término pertinente, ya que se corre el riesgo de que el juzgador prejuzgue, se forme un criterio anticipado sobre el asunto que debe decidir en sentencia, al resolver si acepta o no la práctica de cierta prueba; caso distinto al de la admisibilidad de ciertas pruebas, como ocurre en el tema de la prueba del estado civil, por ejemplo, donde el juez, por mandato legal está obligado a no admitir otros medios de prueba, sino aquellos que la ley expresamente señala.- En el presente caso, el juez de primer nivel estimó pertinentes ciertas pruebas solicitadas y actuadas por los demandados tendientes a desvirtuar el hecho fundamental en que se basa el actor para exigir el pago de una indemnización de daños y perjuicios

patrimoniales, como es el rompimiento unilateral de un contrato "Convenio de Inversión y Compra de Productos" celebrado el 16 de agosto de 1998 entre Néstor Manuel Monroy Cedeño y Elías Gattass Sahih; pruebas que en su sentencia las valoró para llegar a la conclusión de que tal contrato no es "verosímil"; en tanto que los jueces de segunda instancia, sobre este tema, estimaron que la decisión adoptada por una de las partes no puede ser imputada a un tercero ajeno a la relación contractual, máxime si no se ha establecido un delito o cuasidelito civil imputable a los accionados.- Como se puede observar la apreciación probatoria del referido Convenio es distinta en las sentencias de primer y segundo nivel; en tanto que el recurrente ataca las estimaciones del juzgador de primera instancia pero no se refiere a las de los jueces de segundo nivel, lo cual es improcedente en materia de casación, si tomamos en consideración que el recurso de casación en nuestro sistema legal, procede única y exclusivamente contra las sentencias dictadas por las actuales Cortes Provinciales de Justicia, esto es, de los fallos de segundo nivel, según lo establece el Art. 2 de la Ley de la materia.- Este Tribunal estima necesario considerar además que si la acción de indemnización por daños materiales incoada por Elías Gattass Sahih se sustenta en la pérdida económica que le suponía el negocio a realizarse en base al mencionado Convenio de Inversión, los demandados, Banco del Pacífico S.A., y Ab. Luis Villacís Guillen, estaban en su derecho de actuar pruebas que, a su criterio, desvirtúen ese hecho, conforme al derecho de contradicción que contempla el inciso segundo del Art. 114 del Código de Procedimiento Civil cuando expresa: *"Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario"*.; derecho que forma parte de las garantías al debido proceso, y al derecho a la defensa, según lo que dispone el Art. 76, numeral 7, letra h) de la actual Constitución que establece: *"El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra"*.- En este punto es necesario señalar que no se ha demostrado dentro de este proceso de indemnización de daños y perjuicios y daño moral, que la decisión unilateral de Néstor Manuel Monroy Cedeño, comunicada mediante car-

ta de 16 de agosto de 1998, de dar por terminado, por su sola voluntad, el Convenio de Inversión y Compra de Productos" celebrado el 14 de abril de 1998 con Elías Gattass Sahih, se halle legalmente respaldada por un juez o tribunal, en este caso, por un Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Guayaquil, a cuya jurisdicción se sometieron las partes para la solución de controversias, según la Cláusula Décima Primera de ese Convenio.- Entonces, no existe procesalmente evidencia de que un juez competente hubiese declarado legal y procedente el motivo alegado por Néstor Manuel Monroy Cedeño para romper el contrato, esto es, la desconfianza que dice le generó el saber que el Banco del Pacífico S.A. había iniciado contra Elías Gattass Sahih un juicio de concurso de acreedores ante el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil; tampoco existe evidencia que el propio Elías Gattass Sahih hubiese demandado a Néstor Monroy Cedeño por tal acto unilateral y que esa demanda hubiere sido rechazada, expresando que la razón de Monroy Cedeño estaba ceñida a la Ley; siendo este un presupuesto o antecedente necesario para que se pueda endilgar responsabilidad civil extracontractual por daños y perjuicios materiales al Banco del Pacífico S.A., por supuesta pérdida económica originada en los posibles beneficios que hubiere generado a favor del actor, Elías Gattass, el referido Convenio, conforme lo expresa el Tribunal ad quem en el considerando Séptimo de su fallo.- En nuestra legislación civil, es fuente de obligaciones, no solo aquellas que nacen de las convenciones de las partes, sino también las que se originen en acciones u omisiones dolosas o culposas que causen gravamen a las personas.- El Art. 2214 del Código Civil establece que: *"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."* En concordancia con esta disposición, el Art. 2229, inciso primero de dicho Código dispone: *"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra debe ser reparado por ésta."* Al tratarse de dolo o malicia, debe establecerse la intención positiva de causar daño a otro, de provocar intencionalmente el daño; en tanto que la indemnización pecuniaria por cuasidelitos se configura la acción u omisión culposa del agente por cuya negligencia, impericia o descuido se haya producido el daño. Entonces, para que proceda la acción

indemnizatoria se requiere la existencia de un acto u omisión doloso o culposo, hecho con la intención positiva de causar un daño o por negligencia, descuido, etc., puedan irrogar un daño mensurable económicamente a otra persona; por tanto debe existir una relación de causalidad entre el supuesto hecho doloso o culposo debidamente comprobado y los daños y perjuicios sufridos, lo que en el presente caso, a criterio de la Sala de Instancia no se ha determinado, según lo expuesto en líneas anteriores.- **3.1.3.-** También el recurrente acusa la falta de aplicación del Art. 180 del Código de Procedimiento Civil (Art. 176 en la actual Codificación) el cual dispone que: *“Es indivisible la fuerza probatoria de un instrumento, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra.”* No obstante, el recurrente no indica cómo se ha producido la infracción de esta norma, con relación a la prueba instrumental del Convenio de Inversión para la venta y exportación de tilapia, explicando qué parte del mismo ha sido considerado por los jueces de segunda instancia en su valoración y en qué parte, en cambio, no ha sido valorado el documento, es decir, no justifica cómo se ha producido la mutilación en la fuerza probatoria del instrumento privado y se limita a expresar que éste, junto a la carta de 16 de agosto de 1998, fueron también reproducidos como prueba por parte de los demandados.- En cuanto a la autenticidad del documento, aquella no ha sido cuestionada por el Tribunal ad quem, de tal manera que no se justifica la acusación de falta de aplicación del Art. 198 del Código de Procedimiento Civil (Art. 194 de la actual Codificación).- Finalmente, el recurrente acusa: *“...ni siquiera tomaron en cuenta pruebas legalmente actuadas dentro del término probatorio por parte del actor, lo cual condujo a la no aplicación de los Arts. 2258, 2256 del Código Civil, así como el Art. 2244 del mismo Código.”*- Tal imputación es improcedente al no expresar una norma concreta de valoración de la prueba que se estime infringida y no hacer referencia a los medios específicos de prueba que fueron actuados pero no se los consideró.- Cuando un recurrente hace este tipo de acusación, necesariamente debe especificar cuáles pruebas que actuó en el proceso no fueron consideradas por los juzgadores de instancia y determinar cómo esa omisión es determinante en la equivocada aplicación o no aplicación de normas sustantivas o materiales, lo cual, a su vez, fue decisivo en la resolución

de la causa.- Por lo expresado, se desecha el cargo por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- **3.2.-** Corresponde a este Tribunal ahora analizar el cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **3.2.1.-** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación procede por: *“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.”*- El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgando. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.- **3.2.2.-** En cuanto a la causal primera de casación, tenemos que si bien el recurrente acusa la falta de aplicación del Artículo innominado agregado por la Ley N° 171, promulgada en el Registro Oficial N° 779, de 4 de julio de 1984, a continuación del Art. 2258 del Código Civil, respecto del daño moral; falta de aplicación del Código Civil Art. 2256, sobre la responsabilidad por actos de dolo o malicia, del Art. 2244 sobre la responsabilidad de los autores, del Art. 1744 sobre la fecha de los instrumentos públicos, del Art. 1747 sobre la fecha de un instrumento privado, y del Art. 1599, relacionado a los daños (se refiere a la Codificación vigente a esa época); al fundamentar su recurso, no expresa ninguna argumentación

que justifique tal aseveración, no ataca a la sentencia con razonamientos jurídicos concretos que demuestren la existencia de las infracciones mencionadas, sino que se trata de un mera enumeración de las normas.- La tarea de fundamentar el recurso de casación es propia del casacionista quien está en la obligación de demostrar cada una de sus acusaciones, pues cuando la ley exige este requisito, lo que espera del recurrente, por medio de su abogado defensor, es la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; la justificación lógica y coherente para demostrar, por ejemplo, que existe falta de aplicación de una norma de derecho. Al respecto, el tratadista Humberto Murcia Ballén recogiendo el criterio emitido por Toboada Roca sostiene que *“son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada de las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida...”* (La Casación Civil, Humberto Murcia Ballén. Bogotá. 1997 pág. 604).- En cuanto a la errónea interpretación del Art. 518 del Código de Procedimiento Civil (Art. 507 de la actual Codificación), este Tribunal considera que el vicio de “errónea interpretación de una norma de derecho”, se produce cuando los jueces de instancia aplican al caso puesto a su juzgamiento determinada norma de derecho cuyo contenido hipotético si es pertinente a los hechos materia de juzgamiento, pero hace una incorrecta interpretación de la norma, incurriendo en un error de hermenéutica jurídica.- Sobre este vicio el Tratadista Humberto Murcia Ballén nos dice: *“Así que las normas jurídicas, como proposiciones racionales de carácter abstracto y general que son, tienen que ser individualizadas, incorporadas al hecho, situación o relación que están llamadas a regir. Pero para individualizarlas y aplicarlas se debe empezar por determinar su sentido y su alcance. A esta investigación se la llama *interpretación o hermenéutica*, que como función humana es susceptible de error. De todo ello resulta que hay *interpretación errónea* en los casos en que la norma se aplica, pero sin darle su verdadero sentido.* (Recurso de Casación Civil. Sexta Edición, Edicio-

nes Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá-2005, pág. 334).- En este sentido, para que exista la infracción de errónea interpretación de una norma de derecho, debemos establecer si efectivamente el Tribunal ad quem aplicó o no la disposición que se dice ha sido violentada, para luego determinar si existe o no el vicio antes referido.- En el caso motivo de este análisis tenemos que la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en la sentencia objeto del recurso de casación no ha aplicado la disposición del actual Art. 507 del Código de Procedimiento Civil, por tanto no ha hecho interpretación alguna de esa disposición legal en un sentido u otro, pues en el considerando Séptimo de su fallo, lo que ha expresado es que la acción de concurso de acreedores que fuera ejercida por los accionados, no es un tema propiamente materia de debate por daño moral, en razón de que las acciones o ejercicios que viabiliza o posibilita la ley no pueden ser antijurídicas o peor configurativas de un hecho ilícito que obligue a resarcir al presunto agraviado por lesiones extra patrimoniales o morales, concepto que en nada entraña una interpretación de la norma antes referida, en el sentido que acusa el recurrente al decir que para demandar la formación de concurso de acreedores, es necesario que el accionante acompañe un mandamiento de ejecución.- Entonces, en conclusión, si la Corte Superior no aplicó la norma, es improcedente y carece de todo sustento jurídico el endilgarle una infracción inexistente.- Adicionalmente tenemos que la demanda de concurso de acreedores N° 558-A-98, presentada en contra de Elías Gattass Sahíh por el Banco del Pacífico S.A., aquella acción no fue admitida a trámite por el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil, quien en providencia de 27 de julio del 2008, las 09h30, se abstuvo de tramitar la demanda y luego negó la revocatoria de esa providencia argumentando que no se ha presentado el mandamiento de ejecución pedido de acuerdo con el Art. 530 numeral 1, en concordancia con los Art. 448, 518 y 357 del Código de Procedimiento Civil (codificación de esa época).- Esta negativa a admitir a trámite la acción para concurso de acreedores fue apelada por el Banco del Pacífico S.A., sin que en el actual proceso de daño moral y daños y perjuicios materiales, exista constancia sobre lo resuelto en esa apelación; no obstante que no hubo un pronunciamiento definitivo sobre la procedencia de la demanda, Elías Gattass Sahíh presenta su acción de daño moral,

es decir, sin la confirmación del supuesto acto ilícito que da origen a la demanda.- A ello se debe agregar que la norma del actual Art. 2232 del Código Civil, es fuente de daño moral, entre otros casos, cuando se han cometido “procesamientos injustificados”, pero para ello, es necesario que haya existido un juicio, un proceso judicial; sin embargo, cuando una demanda ha sido presentada pero no se la ha admitido a trámite, no existe un juicio, no hay proceso judicial, porque la pretensión del actor ha quedado frustrada en un inicio, cuando su demanda ha sido descalificada; el juicio no ha prosperado, no se ha citado al demandado y por tanto, tampoco se ha trabado la litis; consecuentemente, en este caso, no podemos establecer que ha existido un proceso injustificado que sea fuente de daño moral.- A criterio de este Tribunal, para que el ejercicio de un acción judicial sea fuente de daño moral, es necesario que tal enjuiciamiento no esté justificado, que se demuestre que quien ha propuesto una demanda lo hizo con la intención positiva de irrogar un daño al demandado, que su accionar a lo largo de todo el proceso sea doloso, que carezca de todo derecho para accionar y que su real intención era perjudicar el buen nombre y reputación del demandado al ejercer una acción ficticia y sin sustento. Tales elementos exigen que exista un “procesamiento injustificado”, lo que en este caso no se configura, por cuanto la demanda de formación de concurso de acreedores, propuesta por el Banco del Pacífico S.A. contra Elías Gattass Sahíh no se llegó a constituir un proceso judicial propiamente.- Respecto de la acción de daño moral, los juzgadores deben considerar lo que las disposiciones de los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1ra. Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil. 2ª.

Causas.- En general, generan la obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados.- 3ª. Ilícitud.- La acción u omisión que ha producido el daño debe ser de carácter ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es “Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual). 4ª. Gravedad.- La indemnización por daño moral debe hallarse “justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Igualmente la doctrina enseña que “desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado” (Enrique Barros Baurie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314).- 5ª. Nexo Causal.- “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”. Art. 2232, inc. 3ro. CC.- “El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño” (Enrique Barros Bourie, ob. cit. pág. 373).- La doctrina enseña que “el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser *meramente moral*. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o

morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el *dolor o sufrimiento* que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonor, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer; con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral. Estos y otros aspectos deben ser considerados al momento de establecer si existe daño moral en el hecho de que una persona sea procesada, si el ejercicio de una acción judicial (derecho de acceso a la justicia) es o no fuente de daño moral, ya que de aceptarlo *in limine* se corre el grave riesgo de considerar a toda pretensión judicial fallida como generadora de perjuicios extrapatrimoniales. En consecuencia, este Tribunal estima improcedente el cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Por las consideraciones que anteceden la Sala de lo Civil y Mercantil 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 Quinta Sala de la Superior de Justicia de Guayaquil, el 6 de noviembre del 2002, a las 16h39.- Sin costas ni honorarios que fijar.- Notifíquese.- Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Jueces Nacionales.- Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.- Lo que comunico a usted para los fines legales pertinentes. Dra. Lucía Toledo Puebla. Secretaria Relatora.

#### ACLARACIÓN

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito a, 08 de agosto del 2012, a las 15h45. VISTOS (510-2010):** Agréguese al expediente el escrito que antecede.- En lo principal el actor, Elías Gattass Sahíh, en escrito de fojas 206 del expediente de casación, solicita se aclare la sentencia dictada por este Tribunal de la Sala el 24 de julio del 2012, las 16h45, en el Considerando Primero de aquella cuando se dice que: "...son competentes para conocer de esa causa en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del

Ecuador, Art. 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación...", pero se omite que especialmente asumen competencia por la sentencia dictada por la Corte Constitucional el 11 de mayo del 2010, en cuya parte resolutive se dice: "el recurso de casación se vuelva a sustanciar por parte de la actual Corte Nacional de Justicia", y no solamente por el ministerio de la ley, sino porque la Corte Constitucional así lo resolvió.- Al respecto se considera lo siguiente: **PRIMERO.-** El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que la aclaración "*tendrá lugar si la sentencia fuere oscura*".- **SEGUNDO.-** En el numeral 2) de los "Antecedentes" del fallo dictado, por este Tribunal, el 24 de julio del 2012, a las 16h45, se hace expresa mención a la Resolución N° 022-10-SEP-CC de 11 de mayo del 2010, expedida por la Corte Constitucional para el período de Transición, dentro de la acción extraordinaria de protección propuesta por el Banco del Pacífico S.A., expresando claramente que se ha dejado sin efecto la sentencia de la Segunda Sala de Conjuces Temporales de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación N° 100-2003; así como también que se dispuso que el recurso de casación se vuelva a sustanciar por parte de la Corte Nacional de Justicia.- Además, se citó textualmente los motivos que tuvo la Corte Constitucional para anular el anterior fallo de casación, debiendo destacar la parte que dice: "**Debe quedar absolutamente claro que este Corte Constitucional, a partir del argumento expuesto, no está inmiscuyéndose en las facultades de la justicia ordinaria...**" (sic) (lo resaltado es de este Tribunal).- En cuanto a la competencia, se observa que ésta nace de la Constitución y la Ley, según lo determinan los Arts. 167 de la Constitución de la República, los Arts. 157 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 del Código de Procedimiento Civil. En materia de casación la competencia de este Tribunal está determinada por el Art. 184.1 de la Constitución de la República; Arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación, así como en virtud del sorteo mediante el cual se designó al Tribunal para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por Elías Gattass Sahíh, conforme el Art. 183 inciso quinto del indicado Código Orgánico de la Función Judicial; de modo que la competencia no se origina en la Resolución N° 022-10-SEP-CC de 11 de mayo del 2010, expedida por la Corte

Constitucional, sino que por efecto de esa Resolución que deja sin efecto la sentencia anterior, el recurso de casación debió sustanciarse nuevamente, incluso desde su calificación y admisión a trámite, conforme obra del proceso.- En lo principal, siendo la sentencia clara e inteligible, la petición de aclaración no procede, por lo que se la

niega.- Notifíquese.- Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Jueza y Jueces Nacionales.- Certifico: Dra. Lucía Toledo Puebla.- Secretaria Relatora.- Certifico que es fiel copia del original.- Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora

### 3.1.3. Juicio Nº 550-2009

**Asunto:** Despojo Violento

**Juez Ponente:** Dr. Paul Íñiguez Ríos

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 20 de mayo de 2012.- Las 14h00. VISTOS.-** El juicio especial de despojo violento, que sigue Euclides Segundo Ramírez Cambo contra de Aníbal Montenegro y Narcisa Viteri, llega a la Corte Nacional de Justicia, por recurso de casación interpuesto por la parte actora de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Siendo el estado de resolver sobre la casación planteada, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver este recurso, en razón de lo dispuesto en el Art. 184 de la Constitución de la República y los Arts. 184 y 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, luego de haber sido nombrados y posesionados como Jueces de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en la Sala especializada de lo Civil y Mercantil. **SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: 1.- Normas de Derecho infringidas y solemnidades de procedimiento omitidas:** El recurrente manifiesta que se ha infringido los artículos 972 de la Codificación del Código Civil vigente, 276 y 695 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil.- **2.- Determinación de las causales en que funda el recurso:** Fundamenta su recurso en las causales primera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, falta de aplicación de los artículos 972 del Código Civil y 695 del Código de Procedimiento Civil; y, que en la sentencia en su parte dispositiva se adopta una disposición contradictoria, transgrediendo el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.- 1.-** Las Salas de Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia y de la actual Corte Nacional de Justicia en algunas de sus resoluciones se han pronunciado respecto a este tipo de

juicios de la siguiente manera: *“Los juicios posesorios no son de conocimiento; tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter, ya que se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables. Así tenemos, que el Maestro Víctor Manuel Peñaherrera en su obra “La Posesión, sostiene que: “Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo... El triunfo en este juicio no impide en manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal”, y continúa el tratadista indicando que “el fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio”, así como que “pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad”, a más de que “el mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia”.* SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. Nº 14. Pág. 4025. (Quito, 1 de febrero de 1999). *“Los juicios posesorios no son procesos de conocimiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter pues se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables, como se desprende de las siguientes opiniones: Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo, sino*

*precario: es el dueño presunto y nada mas aunque eso si vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide de manera alguna en que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesionario, ha sido injusta e ilegal. El fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio. Gaceta Judicial". Año CX. Serie XVIII, N° 8. Página 2687. (Quito, 16 de junio de 2009)", razonamientos jurídicos que compartimos, aun alejándonos del precedente dictado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 21 de abril de 2010 y publicado en el Registro Oficial N° 195, de 19 de mayo de 2010, cuyo criterio es: "[...] Los juicios posesorios son de conocimiento pues su objeto es determinar la existencia de un hecho, cual es la posesión, y declaran los efectos jurídicos que se derivan de dicha situación fáctica y que se traducen en la tutela posesionaria que el juez otorga. La declaración judicial sobre esta situación de la cual derivan verdaderos derechos y que se pronuncia en los procesos posesorios cuando es estimatoria de la pretensión, coincide con la naturaleza declarativa de las decisiones judiciales dentro de los procesos de conocimiento; además sus resoluciones son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material, pues impide que el mismo asunto y entre las mismas partes, pueda ser nuevamente objeto de juicio; por ende admiten el recurso de casación.[...]. 2) La cuestión parte de que en la legislación ecuatoriana el despojo violento es una acción especialísima que la ley consagra a favor de quien no puede proponer acción posesoria por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído durante determinado tiempo, o por cualquier otra causa cualquiera y ha sido violentamente despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia y se encuentra establecido en el artículo 972 del Código Civil. Lo que se pretende con la acción de despojo, es que las cosas vuelvan al estado anterior y los controversistas puedan intentar las acciones que correspondan, no se discute la mera tenencia, tampoco la posesión, peor el dominio, sino el hecho **in jurídico de despojar de la posesión o la mera tenencia a una persona mediante el empleo de la violencia**. Claro esta, que en materia de despojo violento no se discute de manera alguna la propiedad, sino los hechos violentos que privan de la posesión, los cuales no solo pueden estar constituidos por agravios físicos tanto a la perso-*

*na como a la cosa, sino psicológicos o verbales. Lo que se busca es que las cosas se restablezcan y se asegure el resarcimiento de los daños ocasionado por el despojo, para que las partes intenten posteriormente las acciones posesorias que correspondan en ejercicio del derecho que se crean asistidas. En definitiva, el juicio de despojo violento es un juicio posesorio especial, cuya decisión no tiene el carácter de definitivas, como tampoco es un juicio de conocimiento por no tener el carácter de definitivo que cabe cuando se ha estado poseyendo un bien inmueble por un tiempo corto. 3.- El artículo 2 de la Ley de Casación establece en su inciso primero, que: "El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento...". En el caso que se juzga, de despojo violento, como se ha venido señalando, no es un proceso de conocimiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter; pues, se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia un determinado estado posesorio y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables, como se desprende de las siguientes opiniones que ilustran al respecto: "Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo, sino precario: es el dueño presunto y nada mas aunque eso si vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide de manera alguna en que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesionario, ha sido injusta e ilegal". "El fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio. Pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad". "El mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a ponerle la excepción de litis pendencia." (Víctor Manuel Peñaherrera, La posesión, Pág. 169 y siguientes). A criterio de Couture, "el proceso posesorio, es normalmente abreviado y de trámites acelerados; tal como*

corresponde a la necesidad de amparar la posesión y, en mas de un caso, el simple orden de cosas establecido, en forma inmediata, casi policial, contra cualquier clase de perturbaciones. Tales razones no corresponde al proceso en que se debate la propiedad” (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Pág. 86). Ugo Rocco sostiene: “Las providencias inmediatas emitidas por el pretor en juicio posesorio... pueden ser objeto de revocación, y por tanto de suspensión que es una revocación temporal del acto. No están sujetas a impugnación”. (Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo V, Pág. 322). Francesco Carnelutti en esta materia señala: “El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio esta en que tanto esta como aquel no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo tradicionalmente llamado petitorio)” (Instituciones del Proceso Civil, Pág. 89). Joaquín Escriche sostiene: “Tiene por el contrario el nombre de posesorio el juicio en que no disputamos sobre la propiedad, dominio o cuasi-posesión de una cosa o derecho, sino sobre la adquisición, retención o recobro de la posesión o cuasi-posesión de una cosa corporal o incorporal.” (Diccionario Jurídico).- Este criterio se ha aplicado en varias resoluciones de casación, que sobre acciones posesorias se han dictado. De manera que la doctrina establece la necesidad de que las decisiones sean definitivas para que proceda el recurso de casación. En este sentido, Manuel de la Plaza sostiene que “No cabe tampoco la casación contra las sentencias, dictadas en los juicios posesorios; y ello, porque en los de esta naturaleza, de igual modo que en los ejecutivos, la sentencia, a pesar de ser final en el juicio de posesión, no impide que la cesión de propiedad se ventile en el ordinario”. Sostiene también el tratadista: “Normalmente, y lógicamente además, la casación, con estas u otras limitaciones, no considera más que las sentencias recaídas en el proceso de cognición” (La Casación Civil, Págs. 142 y siguientes). Por su parte, Humberto Murcia Ballén, sostiene, que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, “La ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: Las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia” (Recurso de Casación Civil, pág. 174). 3.- Finalmente, de manera clara y determinante, sin dar paso a discusión, el

Art. 695 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil vigente, dispone: “En el caso del Art. 972 del Código Civil, presentada información sumaria que justifique el despojo, la jueza o juez pedirá autos con citación al despojante, y, si éste no se opusiere dentro del término de veinte y cuatro horas, pronunciará, sin otra sustanciación, sentencia en la que ordenará se restituyan las cosas al estado en que antes se hallaban. Si el demandado se opone alegando se falso el hecho del despojo violento, y no de otro modo, se oirá a los testigos, que no podrán pasar de cuatro por cada parte, dentro del término de tres días, vencido el cual se pronunciará sentencia, sin otra sustanciación. El fallo causará ejecutoria”. De tal manera, que si el fallo que dicta el Juez causa ejecutoria, significa que es de aquellos que no admite apelación y por ende tampoco admite recurso de casación, teniendo en cuenta que de acuerdo con la doctrina, los procesos de conocimiento o declarativos son los que tratan “...principalmente y directamente del reconocimiento y la declaración de un derecho...” (Víctor Manuel Peñaherrera, Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo III, página 30). De modo que, como queda dicho, el juicio de despojo violento es un mero trámite sumario, en el que no se discute derecho alguno, sino tan solo un hecho que haya determinado o no el despojo, y que por lo mismo, no constituye un proceso de conocimiento ni su resolución es definitiva. Además, siendo esta la característica de la resolución adoptada en este tipo de acciones, quien dicta en única y última instancia, es el Juez de primera instancia y no la Corte Provincial de Justicia, como lo dispone el artículo 2 de la ley de Casación señalado. Este criterio ha sido aplicado por la Sala anteriormente: Res. N° 274-2002 de 29 de noviembre del 2002, publicada en el R.O. N° 743 de 13-01-2003.- En mérito de las consideraciones expuestas, el recurso de casación resulta improcedente; por tanto, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, rechaza el recurso de casación interpuesto.- Notifíquese y devuélvase, para los fines de ley. fdo) Dr. Paúl Iñiguez Ríos JUEZ PONENTE Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL. Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZ NACIONAL. Certifico: Dra. Lucía Toledo Puebla.- Secretaria Relatora.- Certifico que es fiel copia del original.- Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora

**3.1.4. Juicio Nº 32-2007****Asunto:** Prescripción de la acción**Juez Ponente:** Dr. Paul Íñiguez Ríos

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, a 23 de abril de 2012; las 09h00.- VISTOS.-** El juicio ordinario, de reivindicación, seguido por Lino Horacio Cantos Aliatis y Yolanda Rivas contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Armada del Ecuador y la Procuraduría General del Estado ha accedido a la Corte Nacional de Justicia por recurso de casación interpuesto por el Dr. José Raúl Zambrano Figueroa, Director Regional de la Procuraduría General del Estado, contra la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo. Siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver este recurso, en razón de lo dispuesto en el Art. 184 de la Constitución de la República y los Arts. 184 y 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, luego de haber sido nombrados y posesionados como Jueces de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en la Sala especializada de lo Civil y Mercantil. **SEGUNDO.- ANTECEDENTES:** La parte recurrente, fundamenta la casación en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. Las causales primera y tercera por falta de aplicación del Arts. 24 numeral 13 y 216 de la Constitución de la República; Art. 933 del Código Civil, Art. 12 de la Ley de Tierras Baldías, Art. 110 de la Ley de Reforma Agraria vigente en el año de 1972, violación que según los recurrentes se produce por no haber aplicado los artículos 113, el inciso segundo del Art. 115, 242, 249 y 273 del Código de Procedimiento Civil. Además manifiesta: **A)** Respecto a la causal primera, que la jurisprudencia, es reiterativa en señalar, que la acción de reivindicación tiene lugar cuando concurren los tres requisitos fácticos que determina la ley: - dominio del actor, -posesión del demandado y cosa singular individualizada- ; por lo que resultaba imperativo que en la sentencia impugnada se haga un análisis minucioso y descriptivo de los elementos enunciados, lo que no ocurre en el voto de mayoría, soslayando la apreciación de la prueba aportada por la Procuraduría General del Estado; agrega que, como prueba se presentó justo título de ad-

judicación otorgada por el ex IERAC, se demostró la propiedad y posesión sobre las 10.765,13 hectáreas, además se indica, que el título en el que ostentan los demandantes es nulo, por cuanto a la fecha de su adquisición estuvo vigente la Ley de Reforma Agraria y Colonización, órgano competente para adjudicar el dominio de tierras del Estado. Que de acuerdo al Art. 12 de la Ley de Tierras Baldías estas *“...no pueden ser objeto de Prescripción Adquisitiva de dominio y por lo mismo, el único título para adquirir su propiedad es la enajenación hecha por el Estado”*, norma que se encuentra en armonía con el Art. 110 de la Ley de Reforma Agraria vigente al año de 1972, por consiguiente, son nulas las transferencias de dominio de las tierras del Estado hechas entre particulares, sobre las cuales tampoco cabe la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, como también son nulos los títulos conferidos por los jueces fundados en esta misma causa, siempre que sean posteriores al 23 de julio de 1964. **B).**- Respecto a la singularización del predio materia de la controversia, la sentencia que contiene el voto de mayoría no dio crédito a los hechos que observaron directamente en la inspección judicial, detallados en el acta, diligencia que permitió a los Jueces constatar la inexistencia del predio y de los linderos, de ahí la incongruencia de estos con los descritos en la demanda, razones por las cuales incurren en indebida valoración de la prueba, violación de las reglas de la sana crítica; pues, el fallo no observa los principios de la lógica, que exigen que las conclusiones fácticas a las que lleguen los Tribunales de Justicia sean el resultado de un razonamiento jurídico que adecue las pruebas a los hechos afirmados por las partes y estos a las normas, vicio que al mismo tiempo ocasiona violación directa del numeral 13 de Art. 24 de la Constitución Política de la República, por haberse dado una motivación inválida en la sentencia; y, **C).**- En lo que concierne al fundamento de la causal cuarta, asegura que el fallo de mayoría cometiendo el mismo error del Juez de primera instancia, omite resolver todos los puntos de la litis; esto es, sobre las excepciones planteadas por la Procuraduría General del Estado y, específicamente la excepción de prescripción de la acción, violando con esta omisión el

Art. 2415 del Código Civil. **TERCERO.- CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL.-** En atención a los efectos que podría causar en la resolución adoptada cada uno de las violaciones expuestas en el recurso de casación, es importante iniciar revisando los errores fundamentados en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, previstos para los eventos en los que la sentencia omite resolver todos los puntos de la litis, como lo denuncia el recurrente. Mas aun, considerando que la falta de decisión versa sobre la prescripción de la acción, excepción perentoria, señalada en la falta de aplicación del Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, razones por las cuales corresponde conocer en primer lugar, sobre este punto del recurso, en cuya finalidad se anota lo siguiente: **UNO.-** Revisada la sentencia que motiva el recurso se advierte que en efecto, no analiza ni decide sobre la excepción perentoria anotada. **DOS.-** De la demanda resulta claro que la Procuraduría General del Estado es parte demandada y como tal, a fojas 44, el Abogado Edgar Gustavo Barrera Espinales, Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado de Manabí, comparece y presenta sus excepciones, entre ellas, la prescripción de la acción, excepciones con las que también se trabó la litis y que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 106 del Código de Procedimiento Civil, debieron ser discutidas al propio tiempo que la demanda y las excepciones presentadas por los otros demandados y resueltas en la sentencia. **TRES.-** El Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, sustento jurídico de este punto del recurso, establece: *“La sentencia deberá decidir únicamente sobre los puntos que se trabó la litis y los incidentes que originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”*, disposición que se encuentra estrechamente relacionado con lo establecido en el Art. 274 ibidem. De modo que este Tribunal, tomando como premisas: el control de legalidad activado y las normas procesales señaladas, procede conforme al inciso primero del Art. 16 de la Ley de Casación que establece: *“Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.”*, entonces a resolver sobre esta parte omitida en el fallo de instancia y por ende revisar si la acción se encuentra o no prescrita. **CUARTO.-** A efectos de

establecer la procedencia o no de la prescripción de la acción planteada, corresponde anotar lo siguiente: **A): A.1).-** En la especie, el actor, cuya obligación es probar lo afirmado en su demanda, aporta al proceso como prueba de su condición de propietario, escritura de compra venta de un cuerpo de terreno ubicado en el sitio denominado “El Esterito”, jurisdicción del Cantón Montecristi, otorgada por Leopoldo Benítez Franco y cónyuge, el 21 de septiembre de 1962, inscrita el 22 de septiembre de 1972. Como prueba en contrario, a fojas 6 a 9 vta., obra copia certificada de la Resolución dictada por el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización por la cual, haciendo una larga historia de compra-ventas, adjudicaciones, juicios de prescripción adquisitiva de dominio y sentencias que reconocen dicho dominio y, de un llamado a los propietarios, poseedores y mas interesados en dichas tierras, a presentar las escrituras y otros documentos en los que fundamenten sus derechos, declara nulos todos los títulos de propiedad que pesan sobre las 10.765 hectáreas pedidas en adjudicación por la Armada Nacional, con excepción de dos títulos que no corresponden al inmueble objeto de la demanda; y, finalmente la resolución que adjudica dichas hectáreas de terreno a la Marina. Resolución que se fundamenta en la invalidez de los actos realizados sobre estas tierras por no haber sido otorgados por el órgano competente, que en este caso, dice la resolución, es el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización; a fojas 10 a 12, obra también fotocopia notariada de la escritura de adjudicación otorgada por el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización en favor de la Armada Nacional del Ecuador el 29 de septiembre de 1976 y registrada el 11 de octubre de 1976; es decir, el demandado, según estos documentos, es también propietario del bien inmueble por el que se demanda reivindicación. Documentos públicos que demuestran, sin ninguna duda, que la Armada Nacional del Ecuador adquirió por adjudicación, 10.765 hectáreas de terreno el 29 de septiembre de 1976, inscrita el 7 de octubre de 1976; **A.2).-** Los demandantes, por otra parte, no han justificado en el proceso que, luego de ese acontecimiento, hayan ejercido actos de posesión, los testimonios presentados no aportan ningún elemento a este efecto, son incoherentes y no dan razón de sus dichos, más bien dejan entrever que no conocen a los actores; así, mientras Héctor Luciano Valencia Jiménez dice

que el demandante es una persona de 67 años, blanco, con bigote y ojos azules, Eddy Antonio Vera Barcia, quien dice ser primo del demandante Lino Horacio Cantos Aliatis, declara que es de piel canela, de unos 70 años, flaco de 1.70 de estatura y, Armando Antonio Rugel Castro dice que es blanco, gordo y de estatura mediana, de tal modo que, tanto Héctor Luciano Valencia Jiménez como Armando Antonio Rugel Castro dejan claro que no conocen al demandante y consecuentemente tampoco conocen de los hechos que se les pregunta; esto es, que los actores estuvieron en posesión hasta el año 1993, ni del desalojo que además, por su testimonio, no fueron testigos presenciales. En cuanto a Eddy Antonio Vera Barcia, conforme al Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, su testimonio es imparcial; pues, declara ser primo del actor. Es indiscutible, por lo analizado, y en aplicación del Art. 208 ibidem, que esos testimonios carecen de idoneidad. El peritaje realizado tampoco aporta a aclarar respecto de la posesión de los actores del terreno que reclaman sea restituido. Las copias de notas de prensa hacen referencia a hechos producidos en el año 2004. Estos elementos de hecho permiten establecer que los señores Lino Horacio Cantos Aliatis y Yolanda Rivas, perdieron la posesión del inmueble cuando el IERAC saneó las áreas en las que, a la fecha, existían propietarios y poseedores, llegando a acuerdos de pago con ellos y adjudicó las 10.765 hectáreas a la Marina; **B).**- La doctrina jurídica comparada, ha sentado el criterio de que, el registro en la lista fiscal de propiedades, en el caso ecuatoriano en el Registro de la Propiedad, aunque no tiene por fin servir de prueba civil, es indicio de una posesión seria; **B.1).**- *“Nadie discute que para adquirir la posesión regular de un inmueble inscrito, cuando se invoca un título traslativo de dominio, es necesaria la inscripción conservatoria de dicho título. La exigencia es indudable: la ley dice expresamente que para la existencia de posesión regular es necesaria la tradición cuando se hace valer un título traslativo de dominio... y la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador. Es verdad que la posesión no necesita la tradición de inscripción, pero también lo es que el poseedor inscrito no pierde su posesión mientras subsiste la inscripción a su favor. Sin una nueva inscripción no se adquiere ninguna clase de posesión sobre un inmueble inscrito cuando se invoca un título*

*traslativo de dominio”* (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 28, Sección primera, Chile, p. 506); y, **B.2).**- Manuel Somarriva, Luis Claro Solar, Leopoldo Urrutia, entre otros, sostienen que, para que la nueva inscripción confiera posesión al adquirente del tercero que enajena un inmueble inscrito ajeno, es necesario que vaya acompañado de la tenencia material del inmueble, pues, no se puede prescindir del carácter de hecho que representa la posesión, que es por definición, la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño. **C).**- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en sentencia dictada el 16 de septiembre del 2000 (GJ XVII No. 4, de septiembre a diciembre del 2000 p 939), tomando como argumento, esta doctrina (Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U, Derecho Civil, T II, Imprenta Universal, Santiago, 1987, pp 829), señala que: *“Si los títulos emanan de autores diferentes y se remontan a más de quince años, se preferirá a aquel que se halle en posesión del bien”*. Estos criterios guardan relación con nuestra doctrina en derecho civil, específicamente, con las instituciones jurídicas de la reivindicación y prescripción adquisitiva y extintiva de dominio, que sirven para sustentar el razonamiento y la determinación de que la Armada del Ecuador, es poseedora del bien, por más de 25 años. **QUINTO.**- Es preciso destacar que la acción reivindicatoria por ser una acción real, extingue el derecho de dominio cuando un poseedor lo adquiere por el tiempo de posesión de la cosa y como consecuencia de ello, se extingue para su antiguo dueño la acción real, de manera simultánea a la pérdida de su dominio. En consecuencia, el plazo para que se extinga la acción es el mismo plazo que se requiere para ganar el dominio de una cosa por prescripción adquisitiva, según lo manda el Art. 2417 del Código Civil: *“Toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”*. La prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas; comienza su curso desde que queda expedita la acción; es decir, que pueda ser ejercida (actio non nata non praescribuntur), de hecho, se produce por la inacción del titular del derecho. Institución que se justifica en el orden social y práctico; pues, la seguridad social que persigue, exige que las

relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho prolongadas se consoliden. En este sentido, el 2414 ibídem, dispone: *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*. **SEXTO.-** De lo anotado y con fundamento en el Art.741 del Código Civil: *“Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con animo de hacerla suya;...”*, se concluye que los demandantes dejaron de ejercer actos de posesión en razón de la adjudicación otorgada a la Marina, desde el 7 de octubre de 1976, fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad y en la que el derecho se hizo exigible, de modo que, conforme los Arts. 741 y 2414 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. El Art. 2412 ibídem, por su parte, dispone que el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, de modo que, aplicando al

caso lo dispuesto en el Art. 2417 ibídem; esto es, que toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, este Tribunal encuentra procedente la excepción de prescripción de la acción. Además, el inciso segundo del mismo Art. 938 ibídem, manda que esta *“...acción no es válida contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho”*. Por lo expuesto, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el Art. 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Portoviejo, y en su lugar, **declara prescrita la acción para el demandante**, en consecuencia se rechaza la demanda planteada por Lino Horacio Cantos Aliatis y Yolanda Rivas de Cantos. Sin costas. Notifíquese. f) Dr. Paúl Iñiguez Ríos; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo; Dr. Wilson Andino Reinoso; Juez Nacionales y Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora que Certifica”

### 3.1.5. Juicio N° 363-2011

**Asunto:** Juicio por Letra de Cambio

**Juez Ponente:** Dr. Wilson Andino Reinoso

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

**Quito, a 21 de septiembre del 2012. Las 08h20. VISTOS:** El Ing. Rómulo Adrián Dávalos Coveña, en el juicio por letra de cambio que en su contra sigue Marien Rodail Espinosa Granda, interpone recurso de casación a fs.19, 20 y 21 del cuaderno de segunda instancia, respecto de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas en la cual se niega el recurso de apelación interpuesto por el demandado y se confirma la sentencia dictada por el Juez a-quo. Para resolver, se considera: **PRIMERO:- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** El Tribunal goza de jurisdicción en virtud de haber sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución N° 004-2010 de 25 y 26 de enero del 2012 y posesionados por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero del 2012; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los Arts.184.1 de la Constitución de la República del Ecuador;

191 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en auto de fecha 26 de septiembre de 2011 las 14h20 analiza el recurso de hecho interpuesto por el demandado y admite a trámite el recurso de casación con el argumento ahí expuesto que no es el pertinente. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO NORMAS INFRINGIDAS.** Estima el demandado que las normas de derecho infringidas son las contenidas en el Art. 408, 436, 1014 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 76 Numeral 7 letra a) de la Constitución Política del Ecuador. Adicionalmente, se fundamenta en la errónea interpretación de las normas procesales contenidas en el Art. 3 Numeral 2 de la Ley de Casación. El recurrente a más de las normas que considera infringidas realiza una argumentación del memorial de casación. **TERCERO:- 3.1. ESTUDIO PREVIO DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS:-**

Respecto de esta clase de acciones ejecutivas cuyo soporte, en el presente caso, es la letra de cambio cuya copia consta a fs. 1, se lo bosqueja mediante la vía prevista por el Título Segundo, de la Sustanciación de los Juicios, Parágrafo 2do., Sección 2ª, del Código de Procedimiento Civil en los artículos 413 al 415, en que se establecen cuales son los títulos ejecutivos, sobre la ejecución de las sentencias extranjeras y de los requisitos que deben reunir para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos sean exigibles en juicio ejecutivo. Según determina el Art. 419 del Código Procesal Civil *“La demanda se propondrá acompañada de título que reúna las condiciones de ejecutivo”*. Caravantes respecto del juicio ejecutivo sostiene el criterio que, *“mas que un juicio es un procedimiento por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes el cobro de créditos que constan en algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por si mismo plena probanza. No se dirige pues este juicio a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o títulos de tal fuerza que constituyen vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido”*. A decir de Cabannellas el Juicio Ejecutivo es: *“La fase de ejecución de condena de un juicio ordinario. Aquel proceso donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley da la misma fuerza que a una ejecutoria. Se ha dicho que este procedimiento sumario no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial”*. (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Pág. 33. **3.2.**). La jurisprudencia ha manifestado, que *“En el lenguaje jurídico, en verdad no hay acciones ejecutivas, ni acciones ordinarias ni acciones sumarias sino vía, trámite, sustanciación o juicios de tales clases; la acción comprende lo que se reclama y los fundamentos del reclamo. (Art. 71 numerales 3º. Y 4º. C. p. C.) (G. J. VIII, Nº 6. Pág. 593)*. Es por ello que en los juicios ejecutivos, para que se resguarde y amparen los derechos de los acreedores y garanticen su cumplimiento, en los artículos 421 a 428 del Código Procesal Civil, se considera que si el título es ejecutivo así como la obligación correspondiente, ordenará el juez que el deudor la cumpla

o proponga excepciones en el término de tres días, pero a la vez faculta una serie de medidas cautelares sobre los bienes de la o el ejecutado. Estas medidas en nuestra legislación se han implementado para asegurar la eficacia y los resultados o efectos de un proceso presente o posterior sobre la seguridad de sus bienes u obligaciones, medidas que se pueden pedir antes, con la demanda o después para garantizar sus derechos en forma oportuna y eficaz o como expresa Carnelutti: *“Se trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo”*. Afirma también que en los procesos cautelares *“se procura en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar el aseguramiento de los bienes o de las situaciones que de hecho serán motivo de un proceso ulterior”*. De lo que se concluye, y por tanto se aclara, que el presente juicio ejecutivo es una acción de ejecución más no de conocimiento, cuya resolución no tiene el carácter de definitiva, y por ende no produce cosa juzgada por la potestad que concede el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil de intentar la vía ordinaria, cuando dispone que, *“El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo. En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la ley. Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.”* (Es nuestro las negrillas y el subrayado), precepto que no ha sido reformado y se encuentra por tanto vigente. **CUARTO:- 4.1. EL JUICIO EJECUTIVO NO CONSTITUYE UN PROCESO DE CONOCIMIENTO.-** Nuestro ordenamiento jurídico ha considerado que los juicios ejecutivos fundados en los diferentes títulos, como el cheque, la letra de cambio, el pagaré a la orden, etc., tienen por finalidad hacer cumplir la obligación impaga mediante un proceso de ejecución, pero no de conocimiento tal como trata nuestro Código Procesal Civil a partir de los artículos 413 al 490. Autores como el Dr. Emilio Velasco Célieri en su obra

“Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 3, Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo), nos enseña que, *“En el juicio ordinario en el que se discute el derecho incierto, pueden discutirse las más diversas acciones, ya que es un trámite por excelencia cognoscitivo; y a decir de algunos procesalistas el juicio ordinario constituye la columna vertebral del Procedimiento Civil”*; en el juicio ejecutivo, se persigue la condena a una prestación, con fundamento o base en alguno de los títulos enumerados en el Art. 423 y en las leyes especiales que dan el carácter de títulos ejecutivos a ciertos instrumentos, que lleven aparejada ejecución, esto es, que sean de aquellos a los que las disposiciones legales dan el carácter de título ejecutivo puede ser declarativa, esto es cuando el juez o magistrado acepta la excepción del ejecutado que anule la eficacia del juicio ejecutivo aparejado a la demanda, por ejemplo, cuando se alega la inejecutividad del título por no reunir los requisitos de fondo, por falsedad u otras causas; en el juicio verbal sumaria, o que las partes así lo hayan convenido...”. El legislador en el Art. 2 de la Ley de Casación ha establecido en su inciso primero, que: *“El recurso de casación procede contra las sentencias y autos **que pongan fin a los procesos de conocimiento**, dictados por cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en proceso de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado”* (Las negrillas nos corresponde). En tal virtud, el recurso de casación sólo procede contra las sentencias o autos dictados en los procesos “de conocimiento”; y éste no es el caso en estudio. Como señala el Dr. Luis Cueva Carrión en su obra *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, II Edición ampliada y actualizada, Año 2011, Pág. 177-178 que *“El recurso de casación gira en torno al proceso de conocimiento; se torna necesario, entonces, conocer a fondo qué es, en qué consiste, cómo se caracteriza este tipo de proceso. Pero, antes, debemos destacar que el proceso de conocimiento es lo opuesto al proceso de ejecución. Repárese bien en lo que decimos: no decimos que el proceso de conocimiento es lo opuesto al juicio ejecutivo, sino al proceso de ejecución, porque éste es diferente a nuestro juicio ejecu-*

*vo”*. Entonces, el juicio de conocimiento es aquel proceso que busca la solución definitiva a conflictos mediante una sentencia con valor de cosa juzgada. Las características del proceso de conocimiento es que es un proceso modelo, como ocurre en el juicio ordinario. Lastimosamente la ley no define cual es el proceso de conocimiento, solamente entre los diferentes trámite encontramos el juicio ordinario, el cual constituye como señala la doctrina *la columna vertebral de todos los procesos*, de él nace el procedimiento para la presentación de la demanda, la contestación a la demanda, la contrademanda, la forma de presentar las pruebas, los alegatos y la sentencia. Cuando una acción no tiene trámite especial (Art. 59 CPC) se debe sujetar a lo que establece el proceso ordinario, por lo tanto cuenta con un trámite propio. Finalmente, el proceso de conocimiento es de competencia exclusiva (Juez Civil). El juicio de conocimiento tiene como fin último la declaración de un derecho, mientras que el juicio ejecutivo, tiene su procedimiento propio, busca la ejecución de una obligación ante el incumplimiento de esta, como dice la doctrina, cada uno de los juicios responden a una necesidad jurídica para hacer efectivo el derecho de acudir ante los tribunales y juzgados mediante la acción, que vulgarmente se llama ordinaria, sumaria, ejecutiva, sumaria o verbal sumaria, por ende, no constituye un proceso de conocimiento. **4.2.** En casos como el presente, de juicio ejecutivo, no existe unidad de criterio en la doctrina de si se trata de un proceso de conocimiento o no, para algunos no es de conocimiento ni definitivo para otros es de conocimiento y definitivo, ante lo cual, es cabal resaltar el respetable criterio del doctor Jorge Zava-la Egas, cuando dice: *“Mayor duda alcanza el caso de las sentencias expedidas en juicio ejecutivo que serán finales al ser dictadas por los jueces de última instancia, pero dudo mucho que se puedan considerar definitivas, dada la posibilidad de su ulterior revisión en juicio ordinario que permite el Art. 458 (448) del Código de Procedimiento Civil”*. (La Ley de Casación: principales postulados en la Casación, estudios sobre la Ley, Pág. 37). **QUINTO.- 5.1. LOS JUICIOS EJECUTIVOS NO CAUSAN COSA JUZGADA:-** Al consagrar la ley la facultad de accionar vía ordinaria (Art. 448 CPC) luego de dictada la sentencia en el juicio ejecutivo, no se trata de un juicio de conocimiento como queda dicho, por tanto no causa cosa juzgada, y esto porque según nuestro Cód-

go Procesal Civil en el Art. 297 instituye que: *“La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”*. Que de conformidad con el principio jurídico -No bis in ídem- (No dos veces sobre lo mismo). Como lo traduce Fenech: *“No dos procesos sobre el mismo objeto”* pues, se atenta a la Institución de la Cosa Juzgada. Principio jurídico universal que ha sido acogido por la mayoría de legislaciones y por ende en el nuestro, en el literal i), numeral 7 del artículo 76 de la Carta del Estado. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra *“El Proceso Penal Ecuatoriano”*, Tomo III, al tratar de la cosa juzgada en la pagina 451 dice: *“El limite objetivo de la cosa juzgada está dada por el objeto del proceso, es decir, por el hecho que se consideró y que fue motivo del juzgamiento. Por lo tanto cuando la pretensión punitiva que se quiere nuevamente exhibir, se basan en el mismo hecho, cabe la excepción procesal de una cosa juzgada”*, añadiendo a esto dice el autor *“Debemos aclarar, que no importa que el mismo hecho se lo califique jurídicamente en forma distinta al que anteriormente se lo había calificado; de todas maneras opera la cosa juzgada, como excepción procesal perentoria; pues, el hecho en si fue conocido por el Juez Penal...”*. Las características básicas de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la ejecutividad del fallo. *“La cosa juzgada se traduce en un juicio dado, por lo cual la parte cuya demanda ha sido rechazada o declarada sin lugar no puede volver a reclamar el mismo asunto en otro juicio; o por el cual, asimismo, la parte cuyo derecho ha sido reconocido o declarado, puede obrar en justicia sin que sea posible que el mismo o cualquier otro juez pueda revisar o discutir la decisión a firme”* (Dr. Juan Falconí Puig. Código de Procedimiento Civil, pág. 103). Jaime Guasp sostiene que: *“La Cosa Juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el*

*proceso. El proceso, en virtud de la cosa juzgada, se hace intachable dice lo que en el proceso se ha conseguido”* (Derecho Procesal Civil. Pág. 548). Por su parte Ugo Rocco indica que: *“La fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia”* (Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Pág. 314). De manera que la doctrina establece la necesidad de que las decisiones sean definitivas y causen cosa juzgada para que proceda el recurso de casación. Humberto Murcia Ballén, en su obra el Recurso de Casación Civil, Pág. 174, sobre este tema insinúa que dado el carácter extraordinario del recurso de casación *“La ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: Las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia”*. Así, pues, la cosa juzgada según Hernando Devis Echandía, no es un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestado en la Ley que regula (Teoría General del Proceso, T. II, Editorial S.R.L., Buenos aires, 1985. Pág. 562,565). Discernimientos doctrinarios que nos tutelan y auxilian a percibir la Institución de la Cosa Juzgada que no se produce en las acciones ejecutivas. **5.2.** Aquí nos valdremos de la interpretación de la Ley que realiza J.R. Duque Sánchez en su Manual de Casación Civil, páginas 278 y 279, cuando precisa: *“La casación no podría ser nunca inútil si tomáramos el vocablo en sentido peyorativo. Cuando aquí hablamos de “casación inútil” o hacemos bajo otro concepto que llega incluso a considerarlo como una especie de casación en interés de la ley” para luego advertir sobre que “La casación, junto con la correcta interpretación de la ley (interés público), debe perseguir un fin útil práctico (interés privado)”*. Entonces, sin entrar en mayor debate, el legislador, al disponer en el Art. 448 del Código Procesal Civil que en los juicios ejecutivos el acreedor tiene la facultad de intentar la vía ordinaria para que sea revisada, con la salvedad de que no podrán ser admisibles las excepciones que hubieran sido materia de la sentencia, no procede accionar vía acción extraordinaria de casación, pues, la casación es una acción promovida contra la autoridad de cosa juzgada. De ahí que, el proceso ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos como lo ha sostenido la doctrina, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos de

tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido y pueda ser sustanciado por separado el juicio ordinario, o como lo dice Eduardo J. Couture en su libro Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ta edición, Pág. 385 “No obstante la abundante literatura que tiene este tema no creemos que la naturaleza jurídica del juicio ordinario posterior haya sido examinada con la objetividad necesaria. El concepto en que se apoya la idea de un juicio ordinario posterior al ejecutivo es el de que la sumariedad de éste priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado. La hipótesis parecería ser válida con relación al ejecutado, que es quien se defiende, pero no para el ejecutante, que es quien ataca y tiene el título ejecutivo a su favor. Pero la ley no distingue entre uno y otro otorga el privilegio de la revisión a ambas partes”. **5.3.** Al proyectar en el juicio ejecutivo el recurso extraordinario de casación, en muchos procesos lo que se pretende es dilatar la ejecución. Por tanto, ¿Qué ocurriría si sería admisible el recurso extraordinario de casación de los juicios ejecutivos? ¿En que quedaría la situación económica del país, ante la falta de circulación de capitales? La aceptación de este recurso en los juicios ejecutivos desnaturaliza el espíritu que el legislador instituyó tanto para el recurso de casación como para los títulos ejecutivos. Tomando en cuenta que el *fenómeno económico de la circulación* es el denominador común de los títulos ejecutivos, sin lugar a dudas, en lo económico es donde los títulos ejecutivos logran su mayor eficacia, porque como títulos de cambio trayecticio participan en una serie de actos comerciales. Cuando cumplen estos instrumentos los requisitos legales para ser considerados como ejecutivos

garantizan eficazmente a los acreedores contra el peligro del incumplimiento de su promesa por los deudores; y la eficacia de esta garantía se explica por lo que antes decía respecto de su ejecutividad y de su literalidad. Autores como Messineo sostienen, por ejemplo, cuando habla del pagaré a la orden que “el pagaré tiene un fin económico práctico, de reforzamiento del derecho de crédito” (Manual de Derecho Civil y Comercial, Volumen VI, Buenos Aires, H.J.E.A, 1995. Pág. 383). El profesor Joaquín Carrigues manifiesta que, “el pagaré a al igual que la letra de cambio puede actuar como medio de colocación de capital a corto plazo, utilizado especialmente por los bancos comerciales” (Curso de Derecho Mercantil, Volumen I, Madrid. Imprenta Aguirre, 1968. Pág. 609). Razones más que suficientes para que los juicios ejecutivos no sean admitidos a casación, como así lo ha considerado esta Sala de Casación en anteriores fallos, de ahí que ni siquiera debió ser admitido a trámite el recurso. Por estos razonamientos, **“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 Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Conforme lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese la caución a la parte actora. Léase, notifíquese y publíquese. fdo) Dr. Wilson Andino Reinoso. JUEZ NACIONAL; Dr. Paúl Íñiguez Ríos JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Certifico. Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora. RAZÓN: Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico, Quito, a 21 de septiembre del 2012. Dra. Lucía Toledo Puebla. SECRETARIA RELATORA.

### **3.1.6. Juicio N° 152-2010 MBZ**

**Asunto:** Nulidad de escritura de hipoteca

**Juez Ponente:** Dr. Wilson Andino Reinoso

**Quito, a 18 de julio de 2012** En el juicio ordinario N° 152-2010-MBZ seguido por TILAMAR ECUADOR S.A. contra el BANCO DEL PACÍFICO S.A., se ha dictado lo siguiente: Razón: Siento como tal que el presente juicio fue estudiado en relación por el Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ

NACIONAL; Dr. Paúl Íñiguez Ríos, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Certifico. Quito, 18 de julio de 2012. ff). Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

**Quito, a 18 de julio de 2012. Las 09h55. VIS-TOS:** Añádase a los autos el escrito que antecede, presentado por el demandante Edgar Wladimir Congo Gudiño. En lo principal, Juan Enrique Elao Portilla, Representante de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, deduce recurso de casación (fs. 346 a 349 vta. del octavo cuerpo de segunda instancia) de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, por nulidad de escritura de hipoteca y nulidad de su contenido a favor del Banco del Pacífico S.A, Claudio Aliaga Van Der Steen y Ab. Cesáreo Condo Chiriboga, Notario Quinto de Guayaquil. Para resolver, se considera: **PRIMERO:-JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Este Tribunal es competente en virtud de que los Jueces Nacionales abajo firmantes hemos sido constitucional y legalmente designados por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución N° 004-2010 de 24 y 25 de enero del 2012 y posesionados el 26 de enero del 2012; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los arts.184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en auto de fecha 27 de julio de 2009 a las 15h10 analiza el recurso de casación y lo admite a trámite en cumplimiento del artículo 8 de la ley de casación, pero no analiza el orden lógico de las causales interpuestas, que en el presente caso se lo hace por la segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, única interpuesta por el recurrente. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO NORMAS INFRINGIDAS:** Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se han omitido en la sentencia según el recurrente son los artículos: 2312 y 10 del Código Civil; 238, 246 y 247 numeral segundo de la Ley de Compañías; y, 264 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO: ARGUMENTOS MATERIA DE LA RESOLUCIÓN.- 3.1.** Argumenta el casacionista en forma extensa y dilatada que este juicio trata sobre una nulidad de una fraudulenta hipoteca y su fraudulento contenido fundamentado en una Acta inexistente de una supuesta Junta General Universal de Accionistas de la Compañía Tilamar Ecuador S.A; que no se ha cumplido con lo dispuesto en el Art.2312 del Código Civil que ordena que la hipoteca deberá ser inscrita en el Registro correspondiente, es decir

en el cantón El Triunfo, lugar donde se encuentran ubicados los predios Germania y Valle Verde, materia de la hipoteca fraudulenta y que sin este requisito no tendrá valor alguno la hipoteca, la que es nula y esa nulidad la solicita. **3.2.** Señala la Compañía recurrente que en la escritura pública de hipoteca no se adjuntó el instrumento ordenado por el Art.122 de la Ley de Compañías, así como tampoco lo establecido por el Art. 246 de la misma Ley, y en cada Junta se formará un expediente con la copia del Acta y demás documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en la forma prevista por la Ley; y, además de incorporarse a tal expediente los demás documentos necesarios para la validez de una Junta. En efecto, en la supuesta Junta General Universal de Accionistas se han omitido: el nombramiento del Representante Legal de la Compañía Tilamar Aquaculture Limited a favor del señor Henry Touffic Isaac, Representante Legal de esta Compañía, que era el mayor accionista de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, dueña de 499.996 acciones, y que dicho Representante Legal estuvo presente en la Junta General Universal de Accionistas de la Compañía Tilamar Ecuador S.A. Sin embargo “no consta tampoco en esa supuesta Acta de Junta General Universal de Accionistas realizada el 3 de marzo de 1994, a las 11h00, el nombramiento del Representante Legal de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, supuestamente otorgado por la Junta de Accionistas, aprobado y aceptado por el señor Claudio Aliaga Var Der Steen y debidamente inscrito en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil, por tanto alego falta de aplicación de lo dispuesto en los Arts. 122 y 246 de la Ley de Compañías. **3.3.** Objeta también la Compañía recurrente que consta en la supuesta Acta de Junta General Universal de Accionistas de la Compañía Tilamar Ecuador S.A que al señor Henry Touffic Isaac, Representante Legal de la Compañía Tilamar Aquaculture Limited, se le haya designado un intérprete para que le traduzca del castellano al inglés las supuestas declaraciones o resoluciones acordadas en la mencionada supuesta Junta General Universal de Accionistas de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, por tanto alego la falta de aplicación del Art. 48 de la Ley Notarial, lo cual produce la nulidad absoluta de la escritura pública y también la falta de aplicación del Art. 264 del Código de Procedimiento Civil. **3.4.** Se explica que no consta en sentencia el haberse tomado en cuenta que los

predios llamados "Germania" y "Valle Verde" pertenecientes al cantón El Triunfo se hayan inscritos en el Registro de Propiedad del mismo cantón, sino que inscribieron la misma escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad del cantón Yaguachi, correspondiente a otra jurisdicción, con lo cual se ha incumplido lo dispuesto en el Art. 2312 del Código Civil, cuyo efecto es falta absoluta de validez. **3.5.** Que tampoco se ha tomado en cuenta que en autos consta una prueba instrumental otorgada por el señor Henry Touffic Isaac, ante un notario de los Estados Unidos de Norte América y que no se aplicó el Art. 238 y 247 de la Ley de Compañías, lo cual da por resultado la nulidad de las resoluciones de la una Junta General. **3.6.** Se arguye que en el año en que se celebró la supuesta Junta General Universal de Accionistas de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, la Ley exigía que *"ninguna Compañía Anónima podrá constituirse ni existir con menos de cinco accionistas"*, y tenía solo 4 accionistas, hecho que causó la inaplicación del Art. 238 de la Ley de Compañías y la consecuencia es la nulidad de las Resoluciones de cualquier Junta General contemplada en el Art.247, numeral 2 de la misma Ley. **3.7.** Que además se ha inaplicado lo dispuesto en el Art.10 del Código Civil, que dice *"en ningún caso puede un juez declarar válido un acto que la Ley ordena que sea nulo"*. **3.8.** Tilamar objeta la falta de aplicación del Art. 122 y 246 de la Ley de Compañías. **3.9.** Se alega que en el mes de marzo del año 1994, aprovechándose que el señor Henry Touffic Isaac, Representante Legal de la Compañía Tilamar Aquaculture Limited y mayor accionista de la Compañía Tilamar Ecuador S.A, se encontraba en Estados Unidos de América, los menores accionistas de esta compañía llamados Claudio Aliaga Van Der Steen y Roberto Robayo Vera, celebran una supuesta Junta General Universal de Accionistas de la mencionada Compañía y sin tener el número mínimo de accionistas y en la cual acuerdan darle a Claudio Aliaga Van Der Steen amplias facultades para que pueda constituir cualquier gravamen sobre los bienes de la Compañía. **3.10.** Se argumenta que, dicha Junta General de Accionistas nunca se celebró, tanto más que no lo podían hacer dado la ausencia del señor Henry Touffic Isaac, y aún más sin la intervención de un intérprete, ya que el mencionado ciudadano no conoce el idioma castellano, y que la supuesta Junta General Universal de Accionistas de Tilamar S.A. sirvió para que se

celebre una hipoteca abierta a favor del Banco del Pacífico donde los supuestos concurrentes obtuvieron que el Banco del Pacífico les otorgue indeterminadamente grandes valores, dado que se trataba de una hipoteca abierta. Cuando el señor Henry Touffic Isaac se enteró de tal acción vino al Ecuador a denunciar penalmente tal hecho que perjudicaba sus acciones mayoritarias. Esta acción penal no prosperó dado que los mencionados aludidos, argumentando que se les había robado el libro de Actas de Acciones y Accionistas jamás exhibieron tales libros administrativos que debe mantener toda compañía de comercio. En el supuesto no aceptado de que haya concurrido, a aquella inventada junta, los forjadores de tal Acta, no se cuidaron de agregar al Acta el nombramiento de Representante Legal de la Compañía Tilamar Aquaculture Limited, para poder legitimar su personería. **CUARTO:- ALGUNOS ELEMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La presente causa se ha presentado en vigencia del anterior Estado social de derecho, es decir de la Constitución de la República de 1998 que se regía por reglas, pues, del Estado de legalidad se pasa al Estado de constitucionalidad, deja atrás el concepto ideológico del Estado liberal de derecho que restringía al poder público a garantizar los derechos individuales. La nueva noción del Estado garantista surge y se asienta en los derechos fundamentales, naturales del ser humano, por tanto, el control constitucional consentirá la objetividad plena del Estado constitucional de derechos y la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional así como los contenidos básicos de la Carta Internacional de Derechos Humanos. Con la expedición de la Constitución del 2008 tutela en nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, marco constitucional que cambia absolutamente la administración de justicia con ello a que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables, y que, respecto de la casación, la Corte Constitucional ha declarado que *"El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha*

*Ley de Casación...*" (Sentencia No. 364, 17, I, 2011, pág. 53). **QUINTO:- EXAMEN DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS:** Del cotejo del recurso interpuesto en los términos de los considerandos segundo y tercero, la sentencia impugnada y la normatividad vigente, conforme la doctrina y jurisprudencia el recurso de casación constituye una auténtica demanda en contra de la sentencia y es mediante esta refutación que se arremete la sentencia rebatida, al tratarse de un recurso extraordinario el Tribunal de Casación para decidir tiene que limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación acorde a la orden contenida en el art. 76. 7, letra l) de la Carta del Estado, en que: *"Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se encuentra, las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados se considerarán nulos"*. Por tanto, conforme el mandato constitucional, se cumple con el precepto constitucional antes transcrito: **5.1.** La causal segunda única fundamentada por la Compañía actora, dice relación a la *"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"*; causal conocida en doctrina como de error "in procedendo" y que es la única que permite considerar y valorar si se ha provocado alguna violación procesal que pudiere haber influido en la decisión de la causa y provocado nulidad de lo actuado. La nulidad es una sanción que la ley ha reservado para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, es por ello la obligación de observar los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia. La misma ley, doctrina y jurisprudencia determinan para que exista nulidad procesal debe cumplir con ciertos principios esenciales como especificidad, trascendencia y convalidación; es decir, que la causa de nulidad esté manifiestamente establecida como tal en la norma jurídica y que dicho motivo hubiese influido o podido influir en la decisión de la controver-

sia de modo trascendente, como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes procesales. **5.2.** En la especie, la Compañía recurrente en su memorial de casación expresa: *"FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES.- Art. 3 numeral 2, de la Ley de Casación.- Falta de aplicación del Art. 264 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que "debe nombrarse intérprete para la inteligencia de documentos escritos y caracteres anticuados o desconocidos; para examinar a los que ignoren el idioma castellano..."*, alegación vaga e imprecisa, tan así que ni determina las normas procesales supuestamente vulneradas, la única esgrimida es la antes señalada. En el numeral tercero del memorial dice *"Las causales en que se funda este Recurso son las siguientes: FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO.- a.- Falta de aplicación del Art. 2312 del Código Civil que ordena que la Hipoteca deberá inscribirse en el Registro correspondiente. Sin este requisito no tendrá valor alguno.- b.- Falta de aplicación del Art. 122 y 246 de la Ley de compañías, que dice: "Se formará un expediente de cada Junta. El expediente sostendrá la copia del Acta y de los documentos que justifiquen que las convocatorias han sido hechas en la forma señalada en la Ley y en los Estatutos. Se incorporarán también a dicho expediente todos aquellos documentos que hayan sido conocidos en la Junta". c.- Falta de aplicación del Art. 10 del Código Civil, que dice "en ningún caso puede un juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo" (sic). Al respecto, la única norma procesal invocada por la Compañía recurrente, la del Art. 264 del Código Procesal Civil, cuyo texto, estipula sobre que: "debe nombrarse intérprete para la inteligencia de documentos escritos y caracteres anticuados o desconocidos; para examinar a los que ignoren el idioma castellano o a los testigos mudos que no sepan escribir, y para traducir los documentos escritos en idioma extraño. Cuando una persona que no sepa el idioma castellano debe intervenir en actuaciones judiciales o en el otorgamiento de una escritura pública, o de testamento, sin perjuicio de lo que respecto de éste dispone el Código Civil, intervendrá un interprete nombrado por el juez o por el notario, según el caso"*. De lo que se observa, esta norma refiere a la nominación y el papel de los intérpretes y no a vicios del proceso de nulidad insanable o que haya provocado indefensión y que hubiere mediado en la resolución

de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente, como se acusa, lo que no da lugar a emitir pronunciamiento alguno por este Tribunal sobre este cuestionamiento, pues, los cánones de los artículos 10 y 2312 del Código Civil y 122 y 246 de la Ley de Compañías de modo alguno son normas procesales, que puedan viciar el proceso de nulidad. El precepto del art. 10 del Código Civil establece *“En ningún caso puede un juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”*; esta norma no precisa ninguna causa de nulidad por vicios de procedimiento trata sobre la obligación del juez respecto de la prohibición de declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo, así lo manifiesta el casacionista en el escrito de interposición del recurso. El Art. 2312 del citado Código, permite el requisito de la inscripción de la hipoteca en el registro correspondiente, *“La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción”*. De igual forma, los mandatos de los artículos 122 y 246 de la Ley de Compañías, tampoco son normas procesales que alcancen a viciar el proceso de nulidad, sus textos versan sobre las actas y expedientes de las deliberaciones y acuerdos de las juntas generales. **5.3.** Es preciso señalar, sobre como deben concebirse las nulidades procesales y comenzaremos sobre la estructuración del proceso. Un proceso se organiza con la reunión de actos que efectuados unos por las partes y otros por el juez, inquieren la certeza de los derechos subjetivos por medio de la sentencia; estos actos están sujetos a las formalidades señaladas en el Código Procesal Civil; si el acto se separare de estas formalidades (normas de derecho público), se produce la nulidad procesal, por las causales taxativamente previstas por la ley. En tal virtud, esta nulidad, parcial o total de los actos procesales puede pedirse y solucionarse aún de oficio, en cualquier estado de la causa y en cualesquiera de sus instancias, antes de que sea decretada la sentencia de última instancia. No obstante haberse dictado sentencia en última instancia, es admisible exigir la nulidad de la sentencia mediante la proposición del recurso de casación por la segunda causal del Art. 3 de la Ley de Casación, sólo de hallar el Tribunal de Casación que la sentencia ha sido impuesta dentro de un proceso viciado de nulidad insanable, puede aceptar el recurso y de conformidad con lo esta-

blecido por el Art. 16 de la Ley de Casación, puede anular el fallo y enviar el proceso al órgano judicial pertinente, a fin de que conozca la causa desde cuando se ocasionó la nulidad, y lo convalide acorde las normas procesales correspondientes. **5.4.** En relación a la demanda de casación, esta debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y precisar las causales de casación en que se funda, exponiendo claramente las partes de la sentencia inmersas en cada causal, con argumento de las infracciones en que incurrió y la determinación de las disposiciones violadas en tratándose de la causal segunda, primero alegarse las que vayan contra la forma in procedendo, que son las que al Tribunal corresponderá comenzar su análisis. **5.5.** Toda demanda de casación contiene dos partes, la primera, que contiene el resumen de los hechos que dieron lugar a la controversia, y la que en ella se invocan las causales alegadas para pedir la casación del fallo, con indicación clara y precisa de los fundamentos de los casos, la cita de los textos legales que el recurrente aprecie infringidos y el concepto de violación si se trata de la causal segunda. **5.6.** Es errónea entonces la argumentación del casacionista de los preceptos señalados por esta causal por el llamado error in procedendo, que tiene lugar cuando se ha dictado sobre un proceso viciado de nulidad, al tratarse de la infracción de normas de derecho que hayan sido determinantes de su parte dispositiva, su impugnación correspondía hacerlo por la causal primera. **5.7.** En doctrina Hernando Morales M, nos enseña que *“La observancia de la ley sustancial se controla a través del proceso, el cual se compone de una serie de actos que han de cumplir las partes y el juez, de manera que las leyes procesales constituyen normas de conducta, que deben observar tanto el juez como quienes figuren como parte en la relación procesal. Para el juez constituyen las leyes procesales mandatos que generalmente debe cumplir antes de pronunciar sentencia e implican actividades exteriores de instrucción; pero también existen preceptos que regulan actividades interiores del juzgamiento, a los cuales está en la obligación de sujetarse. De ahí ha tomado pie la tradicional distinción entre normas **in iudicando** y normas **in procedendo**, vale decir, para juzgar y para obrar. Las segundas se agotan al realizar cada acto externo del proceso; las primeras compulsan al juez a juzgar refiriéndose a normas diversas, o sea a las de derecho*

*sustancial, pues toda controversia se reduce a saber si ha nacido una voluntad concreta de la ley de la que sea destinatario uno u otro de los sujetos de la relación que es objeto de la litis. La causa del proceso contencioso es entonces la falta de certeza sobre un derecho privado, o el desacuerdo sobre la existencia de una voluntad concreta de la ley surgido entre las personas que se someten a la voluntad del juez, a través de su decisión. Por consiguiente, éste debe verificar en cada caso si existe y, en su caso, como existe esa voluntad concreta de la ley”* (Técnica de Casación Civil, Primera Edición, Ediciones Lerner, Bogotá, D. E. Bogotá Colombia, 1963. Pág. 11). **SEXTO:- CAUSAS DE NULIDAD SEÑALADAS EN LA LEY:- 6.1.**

La nulidad de los actos procesales y por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de la materia, en concordancia con el principio de especificidad, únicamente puede declararse por las causales explícitamente establecidas en la ley, que en el proceso ordinario son: a.- La negligencia u omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, enumeradas en el Art. 355 del Código Adjetivo Civil; y. b.- La violación correspondiente a la naturaleza del asunto o de la causa que se esté juzgando de acuerdo al Art. 1014. Si la irregularidad procesal hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa o provocada indefensión y no hubiese podido convalidarse procede la nulidad. Según nuestra legislación civil en el juicio ordinario, las causas de nulidad procesal, se encuentran taxativamente especificadas en los artículos 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil como queda dicho. **6.2.** El Código Procesal Civil en la Sección 10ª, Parágrafo 2º. y en los citados artículos trata sobre las nulidades procesales y en forma taxativa señala las causas de nulidad, pero en el presente caso curiosamente no se los menciona, de modo tal que no está dada la fundamentación correspondiente al recurso en lo que concierne a esta causal, a más que tampoco se precisa en el escrito contentivo de casación distintas disposiciones son las aplicables a la causal alegada. La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene como fin velar por el cumplimiento las leyes de procedimiento, tanto en lo que dice relación con el trámite, cuanto en lo que se refieren al pronunciamiento del fallo, constituye una garantía de seguridad para las partes procesales, por ende para la sociedad; por lo que, este Tribunal de Casación considera que los preceptos adjetivos, re-

guladores del procedimiento deben observarse en los juicios civiles y solo pueden dar lugar, en su caso, de conformidad al principio de especificidad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico no existe nulidad procesal fuera de los precisados en la Ley, pronunciamientos jurisprudenciales que los acoge conforme y renueva, *“De acuerdo con el principio de especificidad consagrado en nuestra legislación, las causales de nulidad están puntualizadas taxativamente en la Ley. No hay nulidad procesal fuera de las señaladas en la Ley.”* (R. O. N° 361, 4 julio 2001. Pág. 16). *“Se trata del llamado error in procedendo que tiene lugar cuando la sentencia ha sido dictada sobre un proceso viciado de nulidad. Según nuestro ordenamiento jurídico, en el juicio ordinario las causas de nulidad procesal se hallan taxativamente especificadas en los Arts. 355 y 1067 (a. 346 y 1014) del Código de Procedimiento Civil”* (R.O. N° 214, 17 junio 1999. Pág. 19); *“(…) recordemos que las simples irregularidades de orden procesal que no se configuran una causal de nulidad, no son aptas para fundamentar un Recurso de Casación, por tal se concluye que es improcedente el recurso de casación si la nulidad es saneable o no ha influido en la decisión de la causa”* (R.O. N° 137, 25 agosto 1997. Pág. 18). **6.3.** En virtud de lo expuesto y de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Ad quem, no se ha provocado violación procesal alguna que pudiese haber influido en la decisión de la causa. La defensa de la parte accionante al enunciar las normas de derecho del Código Civil como las de la Ley de Compañías que quedan mencionadas, equivocó la acusación por la causal segunda. Sin que pueda hacerse por todas estas consideraciones control de legalidad. Manuel de la Plaza señala, que *“Los motivos de casación por infracción de la ley o doctrina pueden producirse por violación, por interpretación errónea o por aplicación indebida, sendos conceptos que marcan el modo de la infracción y contribuyen desde ese punto de vista, a precisar el recurso, y es necesario, en fin, que si fuesen dos o más los motivos, se expresen en párrafos separados y numerados; cuidadosa previsión que suele olvidarse con desusada frecuencia, puesto que, corrientemente, engloban los profesionales, no sin cumplir aparentemente la norma, motivos perfectamente separables ... Cada infracción ha de denunciarse precisamente al amparo del motivo que privativamente, le conviene”*. (La Casación Civil, Revista de Derecho Privado,

Madrid 1944. Pág. 372). Por ello, la jurisprudencia sostiene que: *“...se debía precisar en forma clara y concreta, el concepto de la violación, esto es, en función de que existan los siguientes elementos: error, consistente en aplicación indebida; falta de aplicación o errónea interpretación, o lo que es lo mismo, error en la selección de la norma por parte del juez, error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma, particulares que no se cumplen en el presente caso”*. (G.J.S. XVI. N° 13. Pág. 3531). **6.4.** La anterior Constitución Política de la República de 1998, consagra en los artículos 24 numeral 17 y 192 y en la actual en los artículos 76, 168 y 169, principios supremos como el derecho a acceder a los órganos judiciales y el de inviolabilidad de la defensa, entre otros, que en el presente caso no han sido inobservados por el Tribunal Ad quem como se acusa. Como ha sostenido la anterior Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Nacional de Justicia *“...apreciándose en la especie que los principios supremos de inviolabilidad de la defensa de la intermediación, celeridad, contradicción y publicidad, consagrados en los artículos 76, 168 y 169 de la Constitución vigente, no han sido inobservados; por el contrario la negación de la nulidad por instancias jurisdiccionales inferiores ha garantizado el cumplimiento del principio de eficacia del proceso, por el cual la administración de justicia debe antes que declarar la nulidad procesal, buscar por todos los medios constitucionales y legales posibles, dictar sentencias de mérito o de fondo que pongan fin a las controversias materiales de los justiciables, restableciendo la paz social alterada por el quebrantamiento de la norma jurídica, y haciendo que el proceso se constituya en verdadero instrumento al servicio de la justicia y no a la inversa en aquel se convertiría en un exagerado ritualismo sin contenido alguno...”* ( R.O. N° 76-2011, 01, II 2011, J daño moral N°

866-2009). Constantemente se ha expresado el Tribunal de Casación sobre el carácter técnico de este recurso que exige claridad y precisión en cuanto a la enunciación de las normas violadas en el fallo cuando se demanda por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, en la especie no se precisa las normas procesales que vicien el proceso de nulidad, por consiguiente es improcedente el cargo imputado sustentado en esta causal. Por estas motivaciones, esta Sala de lo Civil y Mercantil 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”**, rechaza el recurso interpuesto por Tilamar Ecuador S.A., con costas. Léase y notifíquese y publíquese. ff). Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL; Dr. Paúl Iñiguez Ríos, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Certifico. Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora. Lo que comunico a usted, para los fines de ley. Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora.

En la ciudad de Quito, hoy día miércoles dieciocho de julio de dos mil doce, a partir de las dieciséis horas notifiqué con la vista en relación y sentencia que anteceden a TILAMAR ECUADOR S.A., en los casilleros judiciales N° 4176, 4700, 999 y 4805; al BANCO DEL PACÍFICO, en el casillero judicial N° 326; al PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, en el casillero judicial N° 1200, al MINISTRO FISCAL GENERAL DEL ESTADO, en el casillero judicial N° 1207, y no notifiqué a CESAREO L. CONDO CHIRIBOGA, NOTARIO QUINTO DE GUAYAQUIL, ni a CLAUDIO ALIAGA VAN DER STEEN, por cuanto no han señalado casilleros judiciales en esta ciudad para el efecto.- Certifico. Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora

### 3.1.7. Juicio N° 114-2008 (1)

**Asunto:** Procedencia del recurso de casación en los juicios posesorios.

**Juez Ponente:** Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-** Quito, 09 de julio de 2012, las 16h30.- **VISTOS: 1. COMPETENCIA:** En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados

por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 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 cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación.

**2. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación que interpone la actora Olga Clemencia Pillajo Males contra la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, hoy Corte Provincial, el 12 de mayo de 2008 y que revoca el fallo de primer nivel, por lo que desestima la demanda de amparo posesorio, propuesta por la ahora recurrente en contra de Lorenzo Pillalaza.

**3. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:**

**3.1.** En armonía con el Art. 2 de la Ley de Casación, este recurso extraordinario y supremo “Procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes provinciales, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo”. Para la finalidad que persigue esta resolución, es necesario precisar 1) qué comprende, cuál es el contenido de los procesos de conocimiento, y, 2) Cuándo la sentencia o auto definitivo en ellos proferidos causan cosa juzgada sustancial.

**3.2.** Hernando Devis Echandía, dentro de la clasificación de los procesos por su función, identifica al “proceso declarativo genérico o de conocimiento y proceso de ejecución”; respecto de los primeros, de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, señala como su finalidad la declaración de derechos o de responsabilidad, o de la constitución de una relación jurídica y en los que se incluyen a los declarativos y a los dispositivos. “En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos”. (Teoría General del Proceso, Tercera edición revisada y corregida, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 165). Respecto del proceso de ejecución, en cuanto trata de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, “porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del proceso ejecutivo”. (Op. cit., p. 165). La diferencia entre el proceso genérico o de conocimiento y el de ejecución, Devis Echandía se-

ñala que “...resulta de la antítesis entre la razón y la fuerza: aquélla es el instrumento del proceso de conocimiento o declarativo genérico y ésta el del proceso ejecutivo. Claro está, nos referimos a la fuerza que, por la vía coercitiva, aplica el juez para entregar unos bienes o rematarlos para con su producto satisfacer el derecho del ejecutante... En el proceso de juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés protegido, a pesar del incumplimiento del sujeto obligado. En el proceso ejecutivo ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón, ‘sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla, en tanto que el órgano del proceso se la quita a ésta para dársela a aquélla”. (Ibídem). Dentro de esta clasificación, por las funciones del proceso, el citado autor incluye al proceso cautelar, el mismo que cumple función distinta de los dos anteriores, en cuanto “...previene los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal... Se divide en conservativo e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional”. (Id., p. 166). Refiriéndose al proceso de conocimiento, de declaración, o de cognición, Lino Enrique Palacio, dice que es “Aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes”. (Manual de Derecho Procesal Civil, I. Sexta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 393). El contenido invariable y fundamental de los pronunciamientos que se profieren en este tipo de procesos consiste en una declaración de certeza respecto de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor, “...declaración que requiere, por parte del órgano decisor, una actividad cognoscitiva tendiente a valorar los elementos de juicio que las partes incorporan al proceso mediante sus alegaciones y pruebas... en la base del proceso de conocimiento existe una incertidumbre jurídica inicial que es menester disipar a través del contradictorio”. (Op. cit., p. 394). Para Lino Enrique Palacio, el proceso tipo, dentro de los denominados de conocimiento, es el proceso ordinario. Asimismo, dentro de los procesos por su finalidad, este autor ubica a más del declarativo o de conocimiento, a los de

ejecución y cautelares; respecto de los segundos, dice que su objeto es hacer efectiva la sanción impuesta por una anterior sentencia de condena que, como tal, impone al vencido la realización u omisión de un acto, cuando este no es voluntariamente realizado u omitido por aquel, "Este tipo de proceso, sin embargo, puede agotar en forma autónoma el cometido de la función judicial, es el caso de los títulos ejecutivos extrajudiciales, a los cuales la ley les asigna efectos equivalentes a los de una sentencia de condena, regulando, para hacerlos efectivos, un proceso sustancialmente similar al de ejecución de sentencias". (Op. cit., p. 93). En cuanto al proceso cautelar, caracterizado por carecer de autonomía, desde que su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso, el autor en comentario dice que "Tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin (desaparición de los bienes del presunto deudor, o modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión)", (Idem, p. 93). Eduardo J. Couture, refiriéndose a las acciones (procesos) de conocimiento, expresa que por ellos "se procura tan sólo la declaración o determinación del derecho"; que las acciones (procesos) de ejecución, "procuran la efectividad de un derecho ya reconocido en una sentencia o en un título ejecutivo, con las medidas de coacción consiguientes"; y, respecto de las acciones (procesos) cautelares, expresa que en ellos "se procura, en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar, el aseguramiento de los bienes o de las situaciones de hecho que serán motivo de un proceso ulterior". (Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Editorial I B de f. 4ta. Edición. Montevideo-Buenos Aires. 2002. p. 67). Como se observa, la doctrina actual ubica por su finalidad a los procesos de conocimiento, de ejecución y cautelares.- **3.3.** En la legislación procesal nacional no se encuentra precepto expreso respecto a lo que debe entenderse por "procesos de conocimiento" y a los que se refiere el inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación. Conforme el artículo 18, regla 1, inciso segundo del Código Civil, para interpretar la norma, se debe "*recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados*

*en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento*", en cuanto se procure encontrar, a través de una operación lógico - jurídica, la intención de la Ley, a través del elemento histórico que prevé la citada regla. El precepto del Art. 2, inciso primero, de la Ley de Casación, se origina en el veto parcial presentado el 13 de marzo de 1995 por el entonces Presidente de la República del Ecuador, Arq. Sixto Durán Ballén, a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación remitida por el Congreso Nacional, del que consta: "*El veto parcial se basa en los siguientes razonamientos: 1. Art. 2 de la reforma: a) Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellas que resuelvan puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir. En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los procesos de conocimiento, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por las vías ordinaria y verbal sumaria. Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente en los juicios ejecutivos, que son aquellos en que se da cumplimiento 'a lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución norma', es decir, en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma después de la palabra 'procesos', la frase 'de conocimiento'. El Plenario de las Comisiones Legislativas se allanó a ese veto parcial y aceptó ese criterio, es decir que la categoría "procesos de conocimiento" son los que se sustancian por las vías ordinaria y verbal sumaria, es decir aquellos de lato y abreviado conocimiento, en su orden. 3.4. El artículo 2, inciso primero de la Ley de Casación prevé que este recurso procede contra autos y sentencias "que pongan fin a los procesos de conocimiento". Qué debe entenderse respecto de que esos actos jurisdiccionales concluyan, den fin a los juicios ordinarios y verbal sumarios?... Cabe tener presente que la casación, como la considera Calamandrei (Piero Calamandrei, La Casación Civil, Volumen 2, Oxford University Press, México, 2001, pp. 129, 130 y 131) es acción impugnativa que cambia el objeto del petitium, pues que no es la prescripción reclamada por el actor al demandado, sino el ataque que realiza el sujeto procesal contra la sentencia que le causa agravio; es decir, "En defi-*

nitiva, se trata de una acción del particular contra el Estado con ocasión del gravamen que le causa el fallo definitivo y ejecutoriado, dotado de la fuerza de cosa juzgada material, a fin de que esa cosa juzgada se destruya y sea remplazada por un fallo ajustado a derecho". (Dr. Santiago Andrade U., La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 40). Como con claridad se aprecia, el eje transversal de la casación es el fallo definitivo y ejecutoriado, con fuerza de cosa juzgada sustancial o material.- **3.4.** La cosa juzgada es res judicata, en cuanto comprende lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial, "Es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla". (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial IB de f, Montevideo - Buenos Aires, 4ta. Edición, 2002, p. 326). "...De la cosa juzgada puede hablarse al menos en dos sentidos. Según el primero, cosa juzgada sería el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso. Así se dice que 'ya hay cosa juzgada' o 'eso es cosa juzgada'. Es el estado de un asunto, antes litigioso, cuando ha sido decidido por los órganos jurisdiccionales de forma definitiva e irrevocable. En el segundo sentido aludido, 'cosa juzgada' es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y... el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto esencial de un proceso (sobre el fondo, suele decirse también)". (Andrés De La Oliva y Miguel Ángel Fernández, Derecho Procesal Civil, Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990, pp. 157 y 158). Aldo Bacre, conceptúa a la cosa juzgada como "un atributo de la sentencia firme que le otorga autoridad a la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar otro proceso sobre la misma cuestión ya decidida -non bis in ídem-. Y además, dictar una sentencia que contradiga a la anterior... El concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: ... la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. La sentencia firme es inimpugnable, en cuanto ha precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas más recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro. También, es inmuta-

ble o inmodificable y consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante" (Teoría General del Proceso. Tomo III. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992, pp. 436 y 437). Respecto de la cosa juzgada, como medida de eficacia, coincide con la cita doctrinaria, Eduardo J. Couture, en cuanto aquella se concreta en esas tres posibilidades de inimpugnabilidad, de inmutabilidad y de coercibilidad. Es inimpugnable "...en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: non bis in eadem. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción... La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada. La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena, pasadas en cosa juzgada.". (Op. cit., pp. 327 y 328). Como límites de la cosa juzgada se encuentran la irreversibilidad de la sentencia en cuanto no cabe renovar el mismo debate en lo futuro y, su inmutabilidad o inmodificabilidad en cuanto deber de abstención de los órganos del poder público, entre ellos los jurisdiccionales.- **3.5.** Estos límites de la cosa juzgada hacen necesario distinguir todos aquellos casos en los cuales la decisión pone fin al juicio pendiente pero no obsta a un nuevo debate entre las mismas partes, en razón de un cambio de circunstancias, partiendo de la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial. En efecto, determinadas decisiones judiciales tienen, aún agotada la vía de los recursos, eficacia meramente transitoria, "Se cumplen y son obligatorias tan solo 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 le llama, en doctrina, cosa juzgada formal ... En el juicio ejecutivo o en el juicio posesorio, llega un momento en que la decisión no admite más recurso, quedando así cerrada toda forma de

revisión en la vía ejecutiva o sumaria. Pero es principio general en el derecho de nuestros países, que el agotamiento de los recursos en la vía ejecutiva o sumaria no obsta a la promoción de un juicio ordinario posterior tendiente a modificar los efectos de la cosa juzgada". (Eduardo J. Couture, op. cit., p. 339). Puntualizamos que en estos eventos el concepto de cosa juzgada solo adquiere una de sus otras características, esto es la inimpugnabilidad, pero que carece de otra, es decir de su inmutabilidad. Existe, por lo tanto, cosa juzgada sustancial "...cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aún en otro juicio posterior ... La plena eficacia de la cosa juzgada sólo se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las posibilidades procesales de revisión de la sentencia; tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro juicio posterior". (Eduardo J. Couture, ibídem, p. 341).- **3.6.** El Art. 680 del Código de Procedimiento Civil, prevé que "Los juicios que tengan por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos y las denuncias de obra nueva o de obra ruinosa, que regula el Título XV del Libro II del Código Civil, se sujetarán al trámite del juicio verbal sumario, con las modificaciones contenidas en este Parágrafo". Entonces, el trámite del juicio verbal sumario, a los que se deben sujetar los interdictos posesorios, corresponde al del juicio de conocimiento abreviado, y por lo tanto, es posible, la sentencia de última instancia, del recurso extraordinario de casación?. Es importante puntualizar que el Art. 2 de la Ley de Casación establece que la impugnación procede contra sentencias y autos "que pongan fin a los procesos de conocimiento". Entre otras de las acepciones que el Diccionario de la Lengua Española da a la palabra fin se encuentran: "Término, remate o consumación de una cosa". (Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992. p. 685). Hemos de entender lógica y jurídicamente que la casación, como impugnación suprema y extraordinaria, cabe respecto de las sentencias y autos que concluyen, terminan, dan fin a los procesos de conocimiento. Dicho de otro modo, cuando la sentencia o el auto no puede ser ya objeto de recurso alguno, cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior; es decir, el precepto legal en comen-

tario establece como requisito de procedencia de la casación la existencia de cosa juzgada sustancial, en cuanto ella, la casación, ataca a la sentencia o auto que han logrado esa categoría. **3.7.** Las acciones posesorias "son aquellas que tienen por objeto proteger de un modo sumario y eficaz al poseedor, contra las vías de hecho que tiendan a perturbarle en la posesión o excluirle de ella." (Víctor Manuel Peñaherrera. La Posesión. Las Acciones Posesorias. Los Juicios Posesorios, Megaleyes, Impresión Artes Gráficas Señal, Quito, 2005, p.199). Mediante el juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión, "pero no de modo definitivo, sino precario: es el dueño presunto y nada más aunque eso en sí vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide en manera alguna el que en seguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal" (Víctor Manuel Peñaherrera, ibídem, pp. 200 y 201). Tan esclarecedor criterio nos lleva a concluir que, en los interdictos posesorios, la sentencia o auto definitivo no hacen tránsito a cosa juzgada sustancial o material, pues que, por su propia naturaleza, proteger la posesión, no el dominio (para eso está la acción petitoria), solo conforman cosa juzgada formal, desde que prevalece el interés de la celeridad, del restablecimiento inmediato de un estado de hecho y que debe mantenerse mientras se ventile sobre el derecho, por lo que no cabe revestir de autoridad de cosa juzgada sustancial, irrevocable, a la resolución judicial. "El fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio, y aun respecto de la materia propia de aquel juicio. Así, si la acción posesoria ha sido rechazada, por no haber comprobado el actor su posesión o porque el reo demostró haber sido el poseedor; en el juicio petitorio se puede sostener y probar que hubo realmente la posesión negada por la sentencia del posesorio. Lo mismo sería si en el juicio posesorio se hubiere declarado interrumpida, violenta, etc., la posesión, o viceversa" (Víctor Manuel Peñaherrera. Op. cit. p. 201). De lo dicho se sigue que la cosa juzgada sustancial supone, fundamentalmente, como ya se comentó, la inmutabilidad de la sentencia, es decir que ésta, aparte de no ser susceptible de ataque directo mediante la interposición de un recurso, "tampoco lo es de ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso, por lo que se dice que aquella goza de autoridad de cosa juzgada en

*sentido material ...Como señala Rosemberg, la cosa juzgada en sentido material comporta la normatividad del contenido de la sentencia; es decir, de la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada en el fallo, para todo procedimiento en que se cuestione la misma consecuencia jurídica*" (Lino Enrique Palacio, op., cit. pp. 30 y 31).- **4. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE 21 DE ABRIL DE 2010 (R.O. 195 de 18 de mayo de 2010).** **4.1.** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, teniendo como antecedente que la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ha emitido fallos de triple reiteración, *"En los que se señala el criterio de que los juicios posesorios son de conocimiento, pues su objeto es determinar la existencia de un hecho, cual es la posesión y declara los efectos jurídicos que se derivan de dicha situación fáctica y que se traducen en la tutela posesionaria que el juez otorga. La declaración judicial sobre esta situación, de la cual derivan verdaderos derechos y que se pronuncia en los procesos posesorios cuando es estimatoria de la pretensión, coincide con la naturaleza declarativa de las decisiones judiciales dentro de los procesos de conocimiento; además sus resoluciones son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material, pues impide que el mismo asunto y entre las mismas partes pueda ser nuevamente objeto de juicio; por ende admiten el recurso de casación"*. Resolvió: "Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe elaborado por el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia y en consecuencia declarar la existencia de los siguientes precedentes jurisprudenciales obligatorios, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho: PRIMERO: La posesión es un hecho que genera derechos... SEGUNDO: Los juicios posesorios son de conocimiento, pues su objeto es determinar la existencia de un hecho, cual es la posesión, y declaran los efectos jurídicos que se derivan de dicha situación fáctica y que se traducen en la tutela posesionaria que el juez otorga. La declaración judicial sobre esta situación, de la cual derivan verdaderos derechos y que se pronuncia en los procesos posesorios cuando es estimatoria de la pretensión, coincide con la naturaleza declarativa de las decisiones judiciales

dentro de los procesos de conocimiento; además, sus resoluciones son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material, pues impide que el mismo asunto y entre las mismas partes pueda ser nuevamente objeto de juicio; por ende admiten el recurso de casación". En su Artículo 2. La resolución prevé: que *"...tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador"*. **4.2.** La ratio decidendi, en cuanto *"la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica"* (Diego Eduardo López Medina, El Derecho De Los Jueces, Segunda Edición, Bogotá, D. C. Colombia, 2008, p. 218) de esta Resolución determina a) Que los juicios posesorios son de conocimiento, b) Que las resoluciones judiciales en estos procesos son finales, definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material, desde que impide que el mismo asunto y entre las mismas partes pueda ser nuevamente objeto de juicio, por lo que tales decisiones son susceptibles del recurso de casación. **4.3.** En efecto, los juicios posesorios por ser de procedimiento abreviado (verbal sumarios) corresponden a los que la doctrina los llama de conocimiento. En cuanto a que las decisiones judiciales son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material, esta afirmación contradice radicalmente lo comentado supra, desde que lo resuelto no tiene la condición de inmodificable en otro procedimiento posterior por lo que no hace tránsito a cosa juzgada sustancial, en el claro entendido de que sí puede ser modificado en juicio petitorio y aún respecto de la materia propia del posesorio, por lo que no existe identidad de acción, artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. Es importante relieves que en los interdictos posesorios *"prevalece el interés de la celeridad, del restablecimiento inmediato de un estado de hecho, que deben mantenerse mientras se ventile solemnemente sobre el derecho; y por lo mismo, no sería racional y justo revestir de autoridad irrevocable a las conclusiones que siente el juez, quizá sin suficientes datos, sin la necesaria discusión y esclarecimiento"*. (Víctor Manuel Peñaherrera, op. cit., p. 202). Este mismo autor refuerza su criterio de este modo:

“a) Pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad ... b) El mismo actor en el juicio posesorio, sí prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia ... c) Si el juicio pendiente es petitorio, el demandado puede provocar acción posesoria, por cuerda separada, si el actor, antes o después de la demanda ordinaria, recurre a vías de hecho para perturbarle o despojarle” (Ibidem. p. 203).

**4.4.** En la forma que consta del Art. 2 de la Ley de casación, este recurso “...procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento...”, es incontrovertible que sólo son pasibles de casación las sentencias o autos definitivos dictados dentro de esta categoría de juicios pero exclusiva y excluyentemente cuando ostenten la calidad de cosa juzgada sustancial o material, por lo que se excluyen, expresamente, las que han quedado en la categoría de cosa juzgada formal como acontece con las proferidas en los juicios posesorios. Rafael Martínez Sarmiento, respecto de los requisitos de la cosa juzgada sustancial expresa: “...La cosa juzgada se tiene por verdadera, al menos judicialmente. Esta verdad judicial impide el fallo de fondo en un nuevo pleito en que se ventile la misma cosa eadem res que en el anterior, que reúna las tres identidades clásicas: ídem corpus, eadem causa petendi y eadem conditio personarum” (Exceptio rei judicatae. En: Estudios de Derecho, Órgano del Centro de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1959, Vol. XVII, N° 54, p. 609).

**4.5.** Para que no quede duda alguna de que las sentencias o autos dictados en los juicios posesorios sólo alcanzan la calidad de cosa juzgada formal y, en necesaria y lógica consecuencia, no ponen fin al proceso en el que fueron proferidos,

el Art. 691 del Código de Procedimiento Civil, de modo terminante, dispone: “Las sentencias dictadas en estos juicios se ejecutarán, no obstante cualesquiera reclamaciones de terceros, las que se tramitarán por separado. El fallo que se pronuncie respecto de dichas reclamaciones podrá rectificar la sentencia dictada en el juicio posesorio”. **4.6.** No debe perderse de vista que el recurso de casación, dada su naturaleza de extraordinario y supremo y, porque su normativa que lo regula es de derecho público, se la debe interpretar de forma restrictiva. Si el Art. 2 de esta Ley limita la procedencia de la casación excluyentemente contra “las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento”, no procede en los juicios posesorios por no ponerlos fin, pues, se reitera, no tienen la categoría de cosa juzgada sustancial o material. **4.7.** La cosa juzgada no es, pues, un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestado en la Ley que la regula, (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, T. II, Editorial S.R.L., Buenos Aires, 1985, pp. 562-565), voluntad que el Legislador Ecuatoriano la ha plasmado en la forma que consta del precepto del Art. 2 de la Ley de Casación y en los términos que se dejan expuestos. Por lo que se deja expresado, por las razones motivadas que preceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación interpuesto por Olga Clemencia Pillajo Males contra la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Quito, hoy Corte Provincial de Pichincha. Notifíquese y cúmplase.- ff) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Paúl Iñiguez Ríos y Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUECES NACIONALES.- CERTIFICO.- ff) Dra. Lucía Toledo Puebla SECRETARIA RELATORA.

### 3.1.8. Juicio N° 554 - 2011

**Asunto:** Contrato de Seguros

**Juez Ponente:** Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-** Quito, 13 de julio de 2012, las 15h00.

**VISTOS: 1. COMPETENCIA:** En virtud de que

los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 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 cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación.

**2. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por Irene del Carmen Parra Silva, representante legal de la Compañía de Seguros Ecuatoriano Suiza S.A., de la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, misma que revoca el fallo de primera instancia dictado por el Juez Segundo de lo Civil del Cantón Guayaquil, que aceptó la demanda de pago de dinero por concepto de restitución del realizado por la demandante en contra de la Compañía Hamburg Sud Ecuador S. A., en la persona de su representante legal Marcio Venicio Galavoti Rocchi.-

**3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La recurrente alega como infringidas en la sentencia impugnada las disposiciones de derecho contenidas en los Arts. 38 y 26 del Decreto Supremo N° 1147, referente al contrato de seguro, publicado en el R.O. N° 123, de 07 de diciembre de 1963. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Fijados así los términos objeto del recurso, queda fijado 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 Concluido el trámite de sustanciación, para resolver, se puntualiza:

**4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es recurso limitado desde que la Ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. La casación es “recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias que exige 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” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Bogotá, 2005, p. 71).

El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura 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, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es 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 LA IMPUGNACIÓN PRESENTADA: 5.1. CARGO ÚNICO: CAUSAL PRIMERA: 5.1.1.** Expresa la recurrente que en la sentencia que impugna, “Se han cometido en el Considerando Tercero errores de violación directa de la norma sustantiva según lo prevé la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, es decir, específicamente se ha dejado de aplicar el Art. 38 del Decreto Supremo No. 1147 referente al Contrato de Seguro publicado en el R.O. del 7 de diciembre de 1963, lo cual ha significado que se efectúe una errónea interpretación del Art. 26 del Decreto Supremo N° 1147 referente al Contrato de Seguro publicado en el R.O. de 7 de diciembre de 1963 ... Si los Señores Jueces hubieren aplicado como correspondía a los hechos materia de este proceso el mencionado Art. 38 del Decreto Supremo 1147 referente al contrato de Seguro, no se hubiera producido una errónea interpretación del Art. 26 del Decreto Supremo N° 1147 en vista de que del sentido claro de las antes referidas normas -las mismas que debían concordarse en este caso-, se entiende que cuando la compañía de seguros ha pagado un siniestro y ejerce la acción subrogatoria en contra del tercero responsable prevista en el comentado Art. 38 del Decreto Supremo N° 1147 referente al contrato de seguro, la frase del Art. 26 del Decreto Supremo N° 1147 que dice: ‘a partir del acontecimiento que les dio origen’,

debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, desde el momento en que la compañía de seguros paga el siniestro, según el recibo de indemnización correspondiente, debiendo, por ende, ejercer su acción en contra del tercero responsable dentro de los dos años contados a partir del momento del pago para que no prescriba su acción, siendo evidente que en este caso no había prescrito la acción de mi representada ya que desde la fecha de pago del siniestro -recibos de indemnización de fecha 7 de noviembre de 2007 y 20 de diciembre de 2007, prueba de mi representada número 2.3, hasta la citación de la demanda -ultima boleta 21 de octubre de 2009- no habían transcurrido los dos años previstos en la normativa sobre seguros aplicable para este caso; y no como infundada e ilógicamente se lo ha considerado en la sentencia que se recurre mediante este escrito en la que se han computado los dos años desde la fecha en que se produjo el siniestro, esto es, a la época en que mi representada no tenía aún derecho a iniciar su acción subrogatoria por cuanto no había todavía pagado el siniestro.- **5.1.2.** Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se imputa vicios in iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento, violación directa de la ley, concurre cuando: 1.- El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido, por lo que, de haberlo hecho, habría determinado que lo resuelto en la sentencia sea distinto. 2.- Cuando el juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético previsto en ella, por lo que se incurre así en error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3.- El juzgador incurre en error de hermenéutica, de interpretación jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no los tiene. **5.1.3.** La sentencia objeto del recurso, en el Considerando Tercero expresa: “d) De lo anteriormente indicado queda establecido que el siniestro ocurrido a la asegurada y por el cual se subrogó los derechos la hoy actora, Compañía de Seguros Ecuatoriana Suiza S.A., fue constatado por la misma aseguradora el 27 de agosto de 2007; y desde esta fecha hasta cuando se perfeccionó la citación a la parte accionada con la demanda que

dio origen a esta acción, esto es el 21 de octubre de 2009 (fs. 20 a 22), había transcurrido en exceso el tiempo determinado en el transcrito Art. 26 del Decreto Supremo 1147 antes señalado, publicado en el R.O. del 7 de diciembre de 1963; operando por ello la prescripción de la acción alegada por la parte demandada como excepción en la respectiva audiencia de conciliación. De allí que se hace innecesario la procedencia de las demás excepciones planteadas por la accionada, así como la demás documentación aportada en autos”. Lo que demuestra que la sentencia en comentario reconoce la excepción perentoria de prescripción de la acción y por haber transcurrido más de los dos años que establece el Art. 26 del Decreto Supremo N° 1147 publicado en el R.O. N° 123 de 7 de diciembre de 1963.- **5.1.4.** El Art. 1° de este Decreto Supremo, reformatorio del Código de Comercio, establece que “El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”. Como se advierte, la materia, el objeto del contrato de seguro es la cobertura de un riesgo asegurable, desde que al tiempo del perfeccionamiento del contrato asegurado y asegurador consideran es la hipótesis de realización de un siniestro. “Es en virtud del aludido riesgo, que las partes acuerdan (tienen en vista) que, mediante el pago de una prima o cotización a cargo del asegurado, el asegurador elimine las consecuencias derivadas de la eventualidad de su realización (siniestro) comprometiéndose, en ese caso, a resarcirle el daño o a cumplir la prestación acordada. Esa es la materia (objeto) del contrato de seguro. Se trata de un elemento esencial de la operación jurídica en razón de que la extensión de la garantía del asegurador se halla subordinada a la realización (verificación) del siniestro que el riesgo ampara, y sobre la base del cual aquél calcula la prima o cotización”. (Rubén S. Stiglitz. Derecho de Seguros. Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 166 y 167). Es el interés económico lícito de que un siniestro no acontezca el que tiene el carácter de causa o motivo determinante de la celebración del contrato. Queda claro que el contrato de seguro constituye uno de naturaleza sui generis, “pues aunque existe ánimo de lucro en el

asegurador, el asegurado persigue, no una utilidad económica, sino su tranquilidad y seguridad, al trasladar a un tercero la protección contra un riesgo eventual que le podría acaecer. Es además un contrato, en el cual la buena fe ocupa un lugar fundamental, precisamente porque el asegurado no tiene ánimo de lucro, y porque ella se manifiesta desde la etapa precontractual y obviamente durante su ejecución. En este marco debe examinarse especialmente la forma en que el asegurado puede hacer valer sus derechos, reclamar y recibir la indemnización acordada, en el caso de que se haya producido el evento o siniestro, como lo denomina la propia Ley, Art. 5 *ibídem*. No cabe duda de que el interés público exige en esta materia que se garantice de la mejor manera la efectividad de los derechos del asegurado y se eviten las eventuales prácticas dilatorias que puede poner en marcha el asegurador para, dejando a un lado la buena fe contractual, eludir o diferir el cumplimiento de sus obligaciones. Esta es la razón por la cual las distintas legislaciones han establecido mecanismos ágiles para precautelar los derechos del asegurado". (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil. Resolución No. 394 - 2001. R.O. N° 524 de 28 de febrero de 2002). La empresa aseguradora se halla sometida a control; una de las razones que lo justifica reside en que las pólizas que instrumentan los contratos de seguro contienen condiciones generales predisuestas por la primera, por lo que ese expresado control tiene, entre otros fundamentos, la necesidad de proteger al asegurado, en tanto parte débil de la relación sustancial, de las consecuencias derivadas de la aplicación de cláusulas abusivas. Se caracteriza el contrato de seguro "... por ser a) Bilateral, pues que asegurado y asegurador se obligan recíprocamente, el primero a pagar la prima y el segundo a pagar la indemnización si acontece el siniestro. b) Oneroso, en cuanto ambas partes se benefician y que en el caso del asegurado consiste en la protección que recibe ante el riesgo eventual. c) Principal, desde que subsiste por sí mismo sin requerir de otra convención, al tratar del seguro para afianzar cumplimiento de contrato, es accesorio. d) Aleatorio, porque el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, depende del azar la prestación pactada o su monto". (Eduardo Peña Triviño. Manual de Derecho de Seguros, EDINO, Guayaquil, 2000, p. 310). Por tanto, es el carácter aleatorio el que distingue en forma espe-

cial el contrato de seguro, ya sea que el asegurador deba pagar la indemnización pactada, ya sea por no haberse producido el siniestro. Pues aleatorio, del latín "alia", significa suerte, evento incierto de ganancia o pérdida, en cuanto la prestación de una de las partes está sujeta a una contingencia incierta de acontecer el riesgo asegurado, lo que determina la esencia de este contrato y sus elementos fundamentales, el riesgo y la aportación de un sustituto económico, ambos puntualizados en el Art. 2 del Decreto Supremo antes indicado. Como ya se dijo, su objeto constituye el conjunto de obligaciones que genera su perfeccionamiento, fundamentalmente la del asegurado de pagar la prima y la del asegurador de indemnizar los daños sufridos o de pagar el capital o la suma pactada para el caso de producirse el siniestro, en cuanto constituye el riesgo asegurable. **5.1.5.** Lo que se deja expresado lleva a la conclusión de que las acciones a las que se refiere el Art. 26 del mismo Decreto Supremo: "Las acciones derivadas del contrato de seguro, prescriben en dos años a partir del acontecimiento que les dio origen", son aquellas que fluyen de la esencia, existencia misma del contrato de seguro, pues que se refieren a aquellas que expresamente determina el Art. 25 *ibídem*, esto es contra el asegurador o contra el asegurado o el beneficiario, sin que tales acciones incluyan a terceros responsables de los perjuicios que originaron el pago del monto asegurado, lo que tiene plena correspondencia con el Art. 3 también del mismo Decreto Supremo, que para los efectos de la Ley del Contrato de Seguro, considera a asegurador, solicitante, asegurado y beneficiario, con la puntualización de que "Una sola persona puede reunir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario" (inciso segundo).- **5.1.6.** Como queda establecido que no tiene aplicación el plazo de prescripción que prevé el Art. 26 antes transcrito, se hace menester determinar si lo son, en la especie, uno de los plazos de prescripción que prevé el Código de Comercio. El Art. 38 del Decreto Supremo siempre en mención consagra: "El asegurador que ha pagado una indemnización de seguro se subroga por ministerio de la Ley, hasta el monto de dicha indemnización, los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado". El pago con subrogación es institución que permite

la sustitución de varios de los elementos integrantes de la relación jurídica sustancial, como lo son el sujeto o la prestación como objeto de la relación, de modo tal que el sujeto o la prestación sean subrogados por otro sujeto o prestación que viene a ocupar el lugar y grado de los anteriores. El precepto normativo se refiere al derecho a la subrogación en los derechos del asegurado contra el responsable del daño, lo que corresponde al asegurador que paga la indemnización. “Se trata, al cabo, de una nítida expresión del pago con subrogación, figura que tiene cabida siempre que un tercero (codeudor) cumple la prestación de una relación obligacional, y, en virtud de ello, se sustituye al acreedor en el vínculo que éste tenía con su deudor. Configura un pago con características especiales: Es extintivo del derecho creditario del acreedor (asegurado), pero mantiene subsistente la obligación del deudor (responsable del evento dañoso), aunque en favor del tercero que pagó (asegurador) y en la medida del desembolso por él efectuado”. (Rubén S. Stiglitz, op. cit., Tomo II, pp. 467 y 468). Conforme el Art. 38 antes transcrito, el pago con subrogación se conforma con tres elementos: 1) pago de la indemnización, 2) efectuado por el asegurador, 3) la transferencia de los derechos del asegurado, por ministerio de la ley, en beneficio del asegurador que realizó el pago. Con la concurrencia de estos elementos la subrogación es con prescindencia de la voluntad de las partes, acreedor y deudor, y de pleno derecho. En el derecho común, el pago con subrogación “es una ficción jurídica en virtud de la cual un crédito que ha sido pagado con el dinero suministrado por un tercero, y que queda por tanto extinguido respecto del acreedor, se reputa subsistir íntegramente con todos sus accesorios, en manos de ese tercero para asegurarle el reembolso de lo que pagó” (Baudry-Lacantinerie, citado por Arturo Alessandri Rodríguez. Derecho Civil. Teoría De Las Obligaciones. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia, 1983, pp. 380 y 381). El Art. 1624 del Código Civil dice que, “Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga”, definición incompleta que no da la idea concreta de lo que es la subrogación, pues que solo se refiere a los efectos que ella produce. Atendiendo a la causa o fuente de la que emana, la subrogación opera en virtud de la ley o en virtud de la convención, por lo que puede ser legal y convencional, Art. 1625 *ibídem*. Tiene lugar la subrogación por

el ministerio de la ley en todos los casos señalados por ella y especialmente a beneficio de los que puntualiza el Art. 1626 del mismo Código. La subrogación, legal o convencional, genera el efecto de traspasar al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda, Art. 1628 *idem*. En la especie, estamos en el evento de la subrogación legal personal, desde que ha colocado, por el ministerio de la ley, en el lugar del acreedor de la obligación o asegurado, al tercero que ha pagado o asegurador, por lo que, entre sus efectos, también le son comunes las reglas de prescripción propias de las acciones relacionadas con el contrato de transportación marítima de mercaderías, lo que amerita precisar, como ya se dijo, cuál es el plazo de prescripción liberatoria aplicable al caso, si lo es uno de los previstos por el Código de Comercio. Para ello precisa hacer referencia a los convenios internacionales suscritos por el Ecuador y relativos a esta materia. **5.1.7.** La Convención Internacional para la Unificación De Ciertas Reglas en Materia De Conocimiento y Protocolo Modificadorio, Suplemento del Registro Oficial N° 153 de 25 de noviembre de 2005, prevé, Art. 3.6 y 3.6 bis: “Bajo reserva de las disposiciones del parágrafo 6 bis, el transportador y el buque quedarán en todo caso liberados de toda responsabilidad relativa a las mercaderías, a menos que se haya intentado una acción dentro del año posterior a su entrega o de la fecha en que debieron haber sido entregadas. Este periodo puede sin embargo ser extendido por un acuerdo entre las partes con posterioridad al hecho que ha dado lugar a la acción. En caso de pérdida o daños, seguros o supuestos el transportador y el receptor se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de la mercadería y la verificación del número de bultos. 6 bis, Las acciones indemnizatorias contra terceros podrán ser ejercidas aún después de la expiración del periodo previsto en el parágrafo precedente si son entabladas dentro del periodo determinado por la ley del tribunal interviniente. Sin embargo este periodo no podrá ser inferior de tres meses a contar del día en que la persona que entabla la acción indemnizatoria ha pagado el reclamo o ha sido notificada de la acción iniciada en su contra”. Tal Convención, en la forma que prevé el Art. 425 de la Constitución de

la República, jerárquicamente prevalece sobre “las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. El plazo de prescripción que consta de ese Convenio es, por regla general, el de un año que discurre desde la fecha de la entrega o de la fecha en que debió entregarse la mercadería transportada. En el evento de responsabilidad respecto a terceros, tal plazo puede ser ampliado en conformidad “con la ley del tribunal interviniente”, lo que genera la necesidad de establecer el plazo que la legislación del Ecuador prevé o contempla para el ejercicio de esta naturaleza de acciones. Por lo que se ha comentado, las reglas de prescripción que establece el Código de Comercio en sus artículos 723 y 1001 y 1002, no son aplicables en la especie, desde que el primero de esos preceptos, conforme la regla 4ª del Art. 18 del Código Civil, se refiere sólo a las acciones previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio, libro que si bien regula el contrato de transporte en general, este contrato está desarrollado específicamente por el Convenio y su Protocolo Modificadorio; en tanto que, las reglas de los Arts. 1001 y 1002 dicen relación a las acciones que se originan del Libro Tercero y en el que no se regula el contrato de transporte marítimo bajo el régimen de conocimiento de embarque. Se puntualiza que los citados preceptos normativos del Código de Comercio ya constaron de su Codificación de 1906, R.O. N° 143, de 30 de julio de dicho año. La lógica consecuencia es que la normativa de la Convención y Protocolo Modificadorio, por ser posteriores al Código de Comercio, tienen supremacía jerárquica sobre las normas ya mencionadas.-

**5.1.8.** No cabe duda que para el caso sub lite tiene aplicación la previsión del Protocolo para la Modificación de la Convención Internacional Para la Unificación De Ciertas Reglas en materia de conocimiento (Bruselas, 23 de febrero de 1968) cuyo Art. 1.2) establece: “Bajo reserva de las disposiciones del Parágrafo 6 bis, el transportador y el buque quedarán en todo caso liberados de toda responsabilidad relativa a las mercaderías, a menos que se haya intentado una acción dentro del año posterior a su entrega o de la fecha

en la que debieron haber sido entregadas...”. La contestación a la demanda es, fundamentalmente, el acto procesal en el que el llamado a juicio, en ejercicio de su derecho de defensa, contradice las pretensiones del actor por estimar que la demanda es ilegítima, que no se basa en la verdad fáctica, o la obligación que se reclama se ha extinguido, es decir, opone excepciones como medios defensables ya para detener o ya para destruir las pretensiones de la contraparte. En la especie, de entre las presentadas por la Compañía demandada se encuentra la perentoria de prescripción liberatoria. Desde el 8 de agosto de 2007, en que la Compañía demandante canceló los daños sufridos con aplicación N° 595, hasta la fecha de citación con la demanda a la Compañía accionada, en la persona de su representante legal, 21 de octubre de 2009, que es la tercera boleta entregada con ese propósito, discurrió en demasía el tiempo señalado por el protocolo varias veces mencionado. La acción a esa fecha, estuvo ya prescrita, excepción que, se reitera, fue expresamente opuesta por la parte demandada. Como se aprecia, el Tribunal de última instancia incurrió en error in iudicando al aplicar en la sentencia impugnada indebidamente el Art. 26 del Decreto Supremo publicado en el R.O. N° 123 de 7 de diciembre de 1963.-

**DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa parcialmente la sentencia impugnada, proferida por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en los términos expuestos, es decir corrigiendo el fundamento legal invocado en el fallo de última instancia, por lo que se rechaza la demanda. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.- Lo que comunico a usted para los fines legales consiguientes. Razón: Siento como tal que el presente juicio fue estudiado en relación por los señores doctores, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Paúl Íñiguez Ríos y Dra. María Rosa Merchán Lareira JUECES NACIONALES.- Certifico.- Quito, a 13 de julio de 2012.- Dra. Lucía Toledo Puebla, SECRETARIA RELATORA

**3.1.9. Juicio N° 1140-2011****Asunto:** Competencia Desleal**Juez Ponente:** Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-**

Quito, 21 de septiembre de 2012, las 16h44.- **VISTOS:** En virtud de que las Juezas y el Juez Nacionales que suscribimos esta sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución N° 1-2012 de 30 de enero del 2012 nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 21 de marzo 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa conforme los artículos 183 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** El 23 de septiembre del 2011, 15h30, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio ordinario propuesto por el ingeniero Miguel Eduardo García Costa, en calidad de representante legal de “Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.), hoy PROPHAR S.A., en contra de MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION, en las personas de sus apoderados en la República del Ecuador, señores: Patricio Belisario Chiriboga Torres y Luis Eduardo Ortiz Monasterio, emitió sentencia y resolvió que: *“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, se confirma la sentencia en cuanto al fondo del asunto litigioso, sobre la base del análisis precedente.- Se la reforma en cuanto al monto de la indemnización, que se fija en ciento cincuenta millones de dólares, considerando la dilación del tiempo en que la obligación se hará efectiva y las implicaciones internacionales que conlleva el caso. Niégase el pago de intereses.- Sin costas en la instancia. Notifíquese”.* **SEGUNDO.- 2.1.-** Mediante auto de admisibilidad de 10 de noviembre del 2011, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia aceptó a trámite los recursos de casación de la sentencia referida y del auto de aclaración

de 6 de octubre de 2011, interpuestos, por Prophar S.A., (**en lo posterior PROPHAR**) y Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation (**en lo posterior MERCK**). **2.2.-** PROPHAR funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación (**en lo posterior LC**), por falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil (**en lo posterior CPC**); por indebida aplicación de los artículos 1572 inciso primero, 1574, 2214 y 2216 del Código Civil (**en lo posterior CC**); y por falta de aplicación de los artículos 1573 y 1575 del CC. **2.3.-** MERCK funda su recurso en las siguientes causales del Art. 3 de la LC: **2.3.1.- Causal primera: a)** Por falta de aplicación de los artículos 1561, 29 inciso final, 1475, 1572, 1574 y 1570 numerales 1, 3 y 4 del CC; artículo 4 de la Ley N° 2000-12; artículo 18 numeral 7 del CC; y, Decisiones 285 y 608 de la Comunidad Andina. **b)** Por aplicación indebida del artículo 2214 y 2229 primer inciso del CC; y, jurisprudencia y legislación de España, Colombia y Francia. **c)** Por errónea interpretación del artículo 24 numeral 1, artículo 141 numeral 2, y artículo 244 numeral 3 de la Constitución de 1998. **2.3.2.- Causal segunda: a)** Por falta de aplicación del artículo 76 numerales 4 y 7, literales a), b), c), h), j), k) y l) de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el artículo 24 numeral 13 de la Constitución de 1998; los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 75, 428 y 168 numeral 6 de la Constitución; artículos 289, 273, 411, 412, 1016 inciso primero, 346 numeral 2 del CPC; artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (**en lo posterior COFJ**). **b)** Por aplicación indebida del artículo 262 inciso primero del CPC. **2.3.3.- Causal tercera: a)** Por falta de aplicación del artículo 76 numeral 4 de la Constitución; artículos 19 y 27 del COFJ; artículos 117 y 115 inciso segundo del CPC; artículos 1561, 29, 1475, 1572, 1574, 18 numeral 7, y 1570 numerales 1), 3) y 4) del CC; artículo 4 de la Ley 2000-12. **b)** Por aplicación indebida del artículo 2214 y 2229 inciso primero del CC, así como de legislación y jurisprudencia de España, Colombia y Francia. **c)** Por errónea interpretación del artículo 24 numeral 1, 141 numeral 2 y 244 numeral 3 de la Constitución de 1998.

**2.3.4.- Causal cuarta:** En la sentencia se resuelve sobre lo que no fue materia del litigio y se omite resolver en ella todos los puntos de la litis, ya que considera que: ***“En la sentencia declara que MSD tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella. La demanda no se sustentó en esto. La demanda se basó en alegados actos de competencia desleal. En la sentencia se declara que la planta industrial de MSD era la única alternativa viable. La demanda no se basó en esto, sino en actos dolosos y fraudulentos de MSD que impidieron que la actora adquiriera la planta industrial. La demanda se sustenta en que en que (sic) fue MSD la que terminó la negociación. La contestación alega que fue nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) la que por su propia voluntad terminó las negociaciones. La sentencia no resuelve sobre esto. Hay, pues, en la sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis, y no existe resolución sobre varios aspectos que si fueron objeto de la litis. La sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.”*** (Las negritas son nuestras). **2.3.5.- Causal quinta:** Por falta de aplicación de los artículos 273, 274, 275, 276 y artículo 115 inciso segundo del CPC; y, artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución. **TERCERO.- 3.1.-** Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, la argumentación que dan los casacionistas respecto a sus motivos para haber interpuesto el recurso extraordinario de casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en supuestos errores sobre juicios de derecho y de hecho, **este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia**, sino que debe examinarse bajo los principios procesales de la casación, donde en lo fundamental no es posible introducir nuevos hechos en el debate. **En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito propuestas por los casacionistas, pues no se puede olvidar que en una correcta técnica de casación, ésta recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, y no sobre ningún otro tema**, de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, en definitiva se intenta restablecer, principalmente,

el imperio de las normas de derecho con un matiz acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente. **3.2.-** Se realizará el examen de las causales de casación alegadas por los casacionistas, en el siguiente orden: primeramente la causal segunda; posteriormente, de ser necesario, las causales quinta y cuarta; para concluir, de ser el caso, con las causales tercera y primera. **CUARTO.- 4.1.-** MERCK considera, en su escrito de recurso de casación, **con relación a la causal segunda: “a) Normas procesales no aplicadas cuya falta de aplicación configura la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación: “12. En la sentencia no se ha aplicado la norma procesal obligatoria contenida en el literal l) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución, publicada el 20 de octubre de 2008, en armonía con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución de 5 de junio de 1998, vigente al tiempo que se trabó la litis, por cuanto la sentencia carece de motivación puesto que en ella “no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda” con el fin prescindir del análisis y valoración de toda la prueba actuada en el proceso. Dicha norma, constante en la Constitución de 2008, ordena que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de las partes, se asegurará el debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:... 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.** **4.1.1.-** Estima también **que, en la tramitación de la causa no se aplicaron las normas contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (TJCA) puesto que se omitió deliberadamente solicitar la interpretación prejudicial de las disposiciones contenidas en las Decisiones 285, 608 y 616 de la Comunidad Andina sobre libre competencia**, a pesar de lo cual, en la sentencia se hace referencia a principios sobre derecho de la competencia, derecho que sólo se halla regulado en las citadas

normas comunitarias. Los referidos artículos del Tratado de Creación del TJCA ordenan: “**Artículo 32.-** *Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.- Artículo 33.-* Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, **podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno.** Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.- **En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal**”. De igual modo durante el proceso que se sustanció ante la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, reiteradamente, y al momento de dictarse el fallo, se dejaron de aplicar las disposiciones constantes en los artículos 76, numeral 7 literales a), b) c), h), j) y 1) de la Constitución, que consagran normas de obligatorio cumplimiento en todo proceso para garantizar que éste sea el debido y en el artículo 168, numeral 6, que ordena el uso del sistema oral y la obligatoriedad de los principios de contradicción y dispositivo.

**4.1.2.- Alega que no se aplicó en la tramitación del proceso, el artículo 428 de la Constitución que obliga a los jueces suspender el procedimiento y consultar a la Corte Constitucional cuando se invoca, por parte interesada, la inconstitucionalidad de una norma legal.** El artículo 428 de la Constitución ordena: “*Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma...*”. **4.2.-** Este Tribunal de Casación considera, que la segunda causal del artículo 3 de

la Ley de Casación hace referencia a la “*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*”. Para la procedencia de esta causal el recurrente debe al menos identificar en su memorial: a) Si reclama ora la aplicación indebida, ora la falta de aplicación ora la errónea interpretación de normas procesales; b) Determinar cómo la violación escogida ha viciado el proceso de nulidad insanable o ha provocado indefensión; c) Determinar cómo la violación ha influido en la decisión de los Jueces; y, d) Finalmente denotar que la nulidad no ha quedado convalidada. **Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal segunda de casación: el principio de especificidad, es decir que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual se denote que tal omisión influyó, o pudo haber influido en la decisión de la causa, de una manera cierta e irreparable, afectándose la estructura del proceso de manera trascendente,** siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte o de todo el proceso; por lo que no basta entonces una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto, debiendo acreditarse en forma indubitable el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su trascendencia dentro del proceso; **pues las nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, pues la declaración de nulidad por razones meramente formales constituiría un formulismo inaceptable que obstaculizaría la recta administración de justicia.** Los principios antes mencionados, están consagrados de manera general para los procesos e instancias, fundamentalmente en los artículos 344, 346, 349, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil.

**4.3.- No es admisible la aseveración realizada por MERCK, respecto a que en la tramitación de la causa no se aplicaron las normas contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, (TJCA),** pues los Jueces Nacionales solo tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial

del TJCA, en los procesos en que la sentencia no fuere susceptible de recurso alguno en el derecho interno, lo cual no ocurre en el presente proceso, en el que dictó una sentencia de primera instancia por parte de la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha el 17 de diciembre del 2007, que condenó a MERCK a pagar a NIFA S.A. (hoy PROPHAR S.A.), a título de indemnización por daños y perjuicios, la suma de USD 200'000.000,00; **la que fue objeto del recurso de apelación a la Corte Provincial de Justicia Pichincha**, radicándose la competencia en la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales; Sala que dictó sentencia el 23 de septiembre de 2011, confirmando el fallo en cuanto al fondo del asunto litigioso, reformándolo en cuanto al monto de la indemnización, que lo fijó en USD 150'000.000,00. **4.3.1.-** Por tanto, no era obligación de los Jueces y Conjuez de la Corte Provincial mencionada solicitar tal interpretación prejudicial, que conforme el artículo 33 del Tratado de Creación mencionado era opcional; más aún cuando existe también el recurso extraordinario de casación interpuesto por las partes. **4.4.- Resulta improcedente también, que MERCK alegue que no se aplicó el artículo 428 de la Constitución de la República**, pues tal norma constitucional no se aplica porque una de las partes así lo solicite, sino exclusivamente cuando una Jueza o Juez considere, que una norma jurídica es contraria a la Constitución de la República o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución. Por lo que era atribución constitucional únicamente de los Jueces y Conjuez que emitieron la sentencia referida de la Corte Provincial de Pichincha, el suspender o no la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, si así lo consideraban necesario. **4.5.-** Resulta fuera de lugar también el que MERCK alegue, en base a una disposición transitoria (la quinta) de la Ley de Propiedad Intelectual, incompetencia de la jurisdicción civil y mercantil, bajo el argumento de que no existían (ni existen) a la fecha los Juzgados y Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual, y que por tanto la Corte Provincial debía declarar la nulidad del proceso, dado que la competencia desleal estaría regulada por la Ley de Propiedad Intelectual, sin tomarse en cuenta **que la demanda civil de PROPHAR se fundamentó principalmente en los**

**artículos 29, 2214, 2229 y 2235 del Código Civil, en concordancia con el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998;** pues como lo señala PROPHAR S.A. en su contestación al recurso de casación de MERCK: *“La acción planteada por Nifa S.A. (hoy Prophar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dome (Interamerican) Corporation tuvo como objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de esta compañía ocasionaron a mi representada. La demanda se fundamentó, entre otras normas jurídicas, en el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República de 1998 y en los artículos 18, 29, 2241 (actual 2214), 2256 (actual 2229) y 2259 (actual 2235) del Código Civil. Mi representada nunca invocó como fundamento de su demanda las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina relativas a libre competencia, toda vez que éstas no eran aplicables a conflictos por temas de competencia surgidos en uno sólo de los estados miembros de la Comunidad Andina. La Sala de la Corte Provincial hizo bien al limitarse a aplicar las normas de derecho interno para adoptar su resolución, ya que no eran aplicables las normas supranacionales de la Comunidad Andina, más aún que, tal como la sentencia lo analizó, lo que mi representada ha reclamado es una indemnización civil de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, a saber, la ejecución de actos contrarios a la libre competencia, que debe ser indemnizado, tal como lo admite la doctrina y la legislación extranjera. No se trata de una acción destinada a controlar el mercado ni a salvaguardar el orden público, sino que lo que se busca es precautelar el interés particular de mi representada que se vio afectada por una actuación ilícita de la demandada... 12.- La demanda que mi representada planteó en contra de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation no se fundamentó en los actos de competencia desleal que ésta implementó, sino que se basó en los actos contrarios a la libre competencia que realizó. Por tanto, son falsos los cargos de que se ha dejado de aplicar lo dispuesto por el artículo 346 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil y en la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que deben ser rechazados, ya que el proceso fue tramitado por Juez competente (el Juez de lo Civil), en la vía adecuada, conforme lo dispone el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (la vía ordinaria), ya que los procesos por delitos*

*o cuasidelitos civiles no tienen ninguna vía especial...* 16.- *La demandada, de manera dolosa, incurrió en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución de 1998, razón por la cual cometió un ilícito. De ninguna manera la falta de ley que regulara la competencia implicaba que la conducta de la demandada fuera lícita; su conducta continuó siendo ilícita y prohibida por la Constitución. Como en aquella época no existía una ley que regulara la competencia, el Estado no podía controlar ni imponer sanciones administrativas o penales a los agentes que incurrieran en cualquier práctica anticompetitiva; en definitiva, el Estado no podía controlar el funcionamiento del mercado a través de sus entes administrativos. Sin embargo, la ilicitud de la práctica permitía que los afectados particulares pudieran reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un acto ilícito que le hubiera ocasionado daño. Todo acto ilícito se constituye como un delito o cuasidelito, por lo que las disposiciones legales contenidas en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil son perfectamente aplicables al presente caso y bien hicieron los jueces que, sustanciaron la causa en juzgar y condenar a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation utilizando tal norma jurídica, por lo que el cargo expresado por la demandada en este sentido debe ser rechazado por improcedente. Los jueces aplicaron de manera correcta lo dispuesto por el artículo 18 regla 7a del Código Civil que les impone la obligación de administrar justicia en todos los casos. Si bien en 2002 no existía una ley que regulara el poder de mercado y la competencia económica, como ya existe en los actuales momentos, si existía una ley que sancionaba la comisión de cualquier ilícito de orden civil. Los jueces no podían ampararse en la no existencia de una ley que regulara la competencia económica para no resolver el litigio surgido entre mi representada y Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation más aún que el Código Civil si tiene normas que sancionan la comisión de ilícito civil cuando éste ha ocasionado perjuicios a terceros.”* 4.6.- Por todo lo anterior, y sin otras consideraciones, este Tribunal de Casación considera que no hay nulidad alguna que declarar, pues en lo fundamental, y respetando los principios de especificidad y trascendencia, no se ha producido nulidad insanable ni se ha provocado indefensión alguna en contra de MERCK, que ha podido defenderse adecuada-

mente en este proceso que contiene ciento treinta y cinco cuerpos procesales, por lo que se rechaza la argumentación respecto a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación alegada. QUINTO.- 5.1.- MERCK plantea, en su escrito de recurso de casación, **con relación a la causal quinta**, principalmente, que: “c) La sentencia no decide sobre ninguno de los puntos sobre los cuales se concretó el recurso de apelación, documento procesal sobre el cual ni siquiera hay una referencia en el fallo, como tampoco la hay con relación a la sentencia dedica al texto de la demanda seis páginas, de las dieciséis que conforman la sentencia íntegra. (La demanda se halla contenida en 10 páginas). A la contestación de la demanda dedica menos de media página, esto es veinte líneas. (La contestación tiene 18 páginas, con una relación completa de los hechos, que no se los menciona en la sentencia); d) La sentencia no se pronuncia sobre la alegada incompetencia del juzgado de primera instancia ni sobre la alegada incompetencia de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; e) La sentencia no explica los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MSD era la única alternativa posible, ni tampoco cita jurisprudencia alguna de ninguno de los países que dice, la sentencia, que no requieren en su sistema de una declaración previa de afectación al mercado, en los casos en que se discute sobre violación de la libre competencia, ni menos aún indica la prueba que sustenta que la planta industrial era la única alternativa posible para todos los fabricantes o importadores de productos farmacéuticos, si es que la actora la hubiera adquirido; f) La sentencia no contiene, como lo exige el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución la identificación concreta que aparezca de la prueba que establezca que MSD tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante y tampoco contiene la identificación de cuál era el mercado relevante; g) La sentencia no identifica prueba alguna que acredite la calidad de única a la planta industrial de MSD; h) La sentencia omite toda consideración sobre el hecho de que la actora violó los derechos de patente de las compañías Merck ni analiza los efectos de tal hecho en la negociación.” (fojas 11.705 a 11.708). 5.2.- **Y con relación a la causal cuarta** del artículo 3 de la Ley de Casación, MERCK arguye: “f) En la sentencia se

resuelve sobre lo que no fue materia del litigio y se omite resolver en ella todos los puntos de la litis lo que configura la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación: En la sentencia se declara que MSD tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella. La demanda no se sustentó en esto. **La demanda se basó en alegados actos de competencia desleal.** En la sentencia se declara que la planta industrial de MSD era la única alternativa viable. La demanda no se basó en esto, sino en actos dolosos y fraudulentos de MSD que impidieron que la actora adquiriera la planta industrial. La demanda se sustenta en que en que fue MSD la que terminó la negociación. La contestación alega que fue Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) la que por su propia voluntad terminó las negociaciones. La sentencia no resuelve sobre esto. Hay, pues, en la sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis, y no existe resolución sobre varios aspectos que sí fueron objeto de la litis. La sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.” (foja 11.709).

**SEXTO.- Respecto a las causales quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación** alegadas por MERCK, este Tribunal de Casación considera que:

**6.1.-** En lo principal MERCK, con relación a la causal quinta, después de mencionar varios artículos del CPC que solo se refieren a aspectos formales y de procedimiento, que reiteramos no afectaron el curso del proceso ni la dejaron en indefensión, como lo son temas de incidentes y aclaraciones, que este Tribunal de Casación considera irrelevantes a nivel del recurso extraordinario de casación, sí menciona un tema de fondo dentro de esta causal, y es que **“el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución ordena que en toda resolución, de cualquier autoridad pública, incluidos los jueces, debe existir la motivación debida, esto es la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos.** La sentencia no contiene varios de estos requisitos e incumple el contenido de estas normas, puesto que: “...e) La sentencia no explica los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MSD era la única alternativa posible, ni tampoco cita jurisprudencia alguna de ninguno de los países que dice, la sentencia, que no requieren en su

sistema de una declaración previa de afectación al mercado, en los casos en que se discute sobre violación de la libre competencia, ni menos aún indica la prueba que sustenta que la planta industrial era la única alternativa posible para todos los fabricantes o importadores de productos farmacéuticos, si es que la actora la hubiera adquirido; f) La sentencia no contiene, como lo exige el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución la identificación concreta que aparezca de la prueba que establezca que MSD tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante y tampoco contiene la identificación de cuál era el mercado relevante; ...”.

**6.1.1.-** La impugnación por esta causal quinta se sustenta en definitiva, en que la sentencia no está debidamente motivada y que incurre en incompatibilidades, al no explicar los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MERCK era la única alternativa posible para PROPHAR, en su calidad de fabricante o importador de productos farmacéuticos; **la sentencia no contiene la identificación concreta de la prueba que establezca que MERCK tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante; y, tampoco contiene la debida identificación de cuál era el mercado relevante.**

**6.2.-** MERCK, con relación a la causal cuarta, sostiene que en la sentencia del Tribunal Ad-quem se declaró que: **“MERCK tiene una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella, siendo la planta industrial que inició este litigio la única alternativa viable para PROPHAR, sin que la demanda se haya basado en esto, sino en supuestos actos dolosos y fraudulentos de MERCK que impidieron que la actora adquiriera dicha planta industrial; por lo que hay en dicha sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis; y, que, la sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.”.**

**6.3.-** Ahora bien, conforme el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...”. En este sentido los artículos 274 a 276 del Código de Procedimiento Civil establecen que las sentencias y los autos, se

decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal; de igual manera expresarán con claridad lo que se resuelve y los asuntos que van a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. Autorizada doctrina nos enseña que: *“El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser a la vez expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. [...] La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan. Por eso no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas, ni soslayar su análisis crítico mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos, o por un resumen meramente descriptivo de ellos, sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El juez debe consignar las conclusiones de hecho a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en derecho de la sentencia, porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos [...]. En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica)... Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica [...]”* (Fernando de la Rúa, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, páginas 150 y siguientes.). Por otra parte, la doctrina ha

establecido que para el análisis de la referida causal cuarta, es necesario señalar que el Tribunal de Instancia debe atenerse a los puntos sometidos a su decisión, **lo cual significa que solo en la demanda y en la contestación a la demanda se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia.** En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues en la demanda se encierra la pretensión del demandante. **El principio de congruencia delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos:** a) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra*); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*) c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citrapetita*). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre el petitorio de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso. **6.4.- Este Tribunal de Casación considera que efectivamente la sentencia referida de la Corte Provincial de Pichincha adolece de serias fallas de motivación, entre las normas o principios jurídicos en que funda la misma y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos concretos que se discuten entre las partes. Gran parte de tal desfase conceptual se da por una indebida conceptualización y “una mezcla” de instituciones diferentes en la sentencia, como lo son el cuasidelito civil, temas de derecho de defensa de la competencia, y otros de derecho de la competencia desleal. SÉPTIMO.- 7.1.- PROPHAR basa su demanda civil principalmente en el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998, en concordancia con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. 7.1.1.- Tales artículos disponen: **“Art. 244, numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las****

actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. 3. **Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.**”, “**Art. 2214 CC.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.**” y “**Art. 2229 CC.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación...**”. 7.2.- Como bien lo señala PROPHAR en su contestación al recurso de casación de MERCK, la acción planteada por Nifa S.A. (hoy Prophar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation tuvo como objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK le ocasionaron. PROPHAR nunca invocó como fundamento de su demanda las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina relativas a libre competencia, sino que solicitó una indemnización civil de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, **sin que se trate de una acción destinada a controlar el mercado ni a salvaguardar el orden público, sino que lo que busca es precautelar el interés particular de PROPHAR, el cual se vio afectado por una actuación ilícita de MERCK, quien incurrió en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución Política de 1998**, razón por la cual cometió un supuesto cuasidelito en contra de PROPHAR, que le permitiría a esta reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios. 7.3.- La Corte Suprema de Justicia ha caracterizado la naturaleza de la indemnización que proviene del cuasidelito civil: “**NOVENO: Las pretensiones del actor están encaminadas a que los demandados le paguen indemnizaciones por hechos ilícitos que originaron la responsabilidad civil extracontractual prevista en los artículos 1480, 2241, 2243, 2244, 2247, 2256, 2258 y artículo innumerado agregado a continuación del Artículo 2258 del Código Civil, contenidos en el Título XXXIII de Los Delitos y Cuasidelitos, Libro Cuarto de dicho Código. Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias que reúnen los elementos que luego se**

**precisan. Se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con malicia, con la intención positiva de cometer el daño. Se subclasifican, a su vez, en delitos civiles y delitos penales. Estos últimos están caracterizados por el hecho de encontrarse tipificados y sancionados por la ley penal. Mientras que los delitos civiles no lo están. Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la ley penal, es delito civil. Al tratarse de las pretensiones de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual, la distinción entre delito civil y delito penal es importante para efectos de la competencia y el procedimiento a seguirse en el uno o en el otro supuesto.**”. (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. N° 12. Página 3730). **OCTAVO.- 8.1.- Es muy importante para este Tribunal de Casación, conceptualizar correctamente el alcance del artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998**, pues éste se refiere a que dentro de un sistema de economía social de mercado, corresponde que se promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, ¿de qué manera?, pues a) **impulsando la libre competencia**, b) **sancionando las prácticas monopólicas**, c) **sancionando otras prácticas que impidan la libre competencia**, y d) **sancionando “otras prácticas que distorsionen la libre competencia”**. En verdad la redacción del anterior numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política de 1998 no es muy acertada, pero está claro que contiene varios supuestos que deben ser tomados en cuenta, y no pueden ser conceptual y jurídicamente mezclados. **La sentencia de la Corte Provincial “mezcla” las categorías de libre competencia y prácticas monopólicas, propias del nuevo Derecho de la Competencia propiamente dicho, a nivel de operadores económicos con poder de mercado, que pueden, por ejemplo, realizar acuerdos colusorios y de concentración económica, que perjudiquen a los consumidores y usuarios de manera general y no particularizada, es decir todos los ecuatorianos en tal caso nos veríamos afectados, con “otras prácticas” que las distorsionan, que no necesariamente entran en el ámbito de la afectación general de todo el mercado de consumidores y usuarios, sino que darían lugar más bien a que se conformen cuasidelitos particularizados, por otras prácticas dentro del Derecho de la Competencia Desleal, que afectarían evidentemente no**

a todo el conglomerado de consumidores y usuarios (propio del Derecho de la Competencia), sino únicamente a dos comerciantes y/o empresas mercantiles exclusivamente, como es el caso que aquí nos ocupa. 8.2.- De la sentencia impugnada se desprende que en el mes de febrero de 2002, ejecutivos de MERCK le hicieron conocer a NIFA en forma verbal la decisión que habían tomado de vender su planta industrial ubicada en el Valle de Los Chillos, cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha, en el país. Que después de varios correos electrónicos, acuerdo de confidencialidad y reuniones, Nifa S.A., actual PROPHAR S.A., “hizo una oferta de adquisición de la planta por la suma de USD 1’400.000,00 dólares, oferta que fue confirmada mediante comunicación de 23 de septiembre del 2002”, la cual al día siguiente fue mejorada “a la suma de USD 1’500.000,00 dólares”. Que el 30 de octubre del 2002 se remitió a PROPHAR “la escritura de compraventa y una copia de la carta del impuesto predial 2002 de la propiedad de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation con el objeto de elaborar el proyecto de minuta de compraventa de inmueble de propiedad de esta última compañía”. Que de manera inesperada el 16 de diciembre del 2002, MERCK envió a PROPHAR una carta en la que solicitaba se le informara sobre la utilización que ésta empresa hacía del medicamento “Roficoxib” de su propiedad, lo cual condujo eventualmente a que el 29 de enero del 2010 MERCK no acepte razones, y desista de la venta de la planta industrial de su propiedad. Que esta circunstancia de la no venta de la planta industrial le causó a PROPHAR un grave daño, ya que su programa de crecimiento se vio frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de 2003 pudo retomar los diversos proyectos para la construcción de una nueva planta industrial, por lo cual considera que “los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los USD 200’000.000,00 de dólares, ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial”. Estos antecedentes básicos constan en los primeros considerandos de la sentencia impugnada, y este Tribunal de Casación los trae a colación para señalar como el antecedente que dio origen a este conflicto es un tema evidentemente civil, que tuvo su origen en la compraventa fallida de una planta industrial entre dos compañías farmacéuticas, tema éste que en forma alguna puede afec-

tar a todos los consumidores y usuarios en general del país o de un sector como sería el caso de tratarse de un problema real de defensa de la competencia. **NOVENO.- 9.1.- El problema básico que se da en la sentencia impugnada es que pretenden transformar, y así lo hacen, un problema cuyo origen es evidentemente civil y de competencia desleal, en un tema exclusivo de Derecho de Defensa de la Competencia; esto es, de un conflicto que solo puede afectar a las compañías PROPHAR S.A. y MERCK Corporation, se da un extraño salto conceptual para pretender convertirlo en un problema de los consumidores y usuarios de productos farmacéuticos en general, o lo que es peor, de un supuesto mercado relevante de plantas industriales.** Para así hacerlo, la sentencia impugnada tiene que, como no puede ser de otra manera si trata de llevar tal conflicto civil entre las dos empresas farmacéuticas al terreno del Derecho de la Competencia -lo cual indebidamente hace- señalar cuál sería el “mercado relevante” afectado; y aquí se da la distorsión de base que hace que todo el argumento de la sentencia impugnada pierda consistencia, pues el Tribunal Ad quem considera que tal mercado relevante afectado sería “el de plantas industriales”, específicamente “el de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica”, cuando, por la actividad económica de las dos empresas su mercado corresponde al de medicamentos; evidentemente los consumidores y usuarios de medicamentos dentro de la óptica del derecho de la competencia buscan tener acceso a medicinas en general, y no, obviamente, a plantas industriales de producción de los mismos. En realidad no existe en el país un “mercado relevante de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica”, de hecho posiblemente no exista tampoco un “mercado relevante de plantas industriales en general”; pero aunque pudiese teóricamente existir tal mercado relevante de plantas industriales, ello en ningún caso tendría nada que ver con el objeto social de empresas farmacéuticas, las cuales tienen como objeto principal la producción y venta de medicamentos para consumo humano, y no es que sean agentes inmobiliarios que compren y vendan instalaciones o plantas industriales o inmuebles en general. 9.2.- Igualmente resulta extraño que en dicha sentencia se haga aparecer a PROPHAR (antes Nifa) como un consumidor o usuario, cuando en realidad es más bien un operador

económico de productos farmacéuticos, y además un competidor dentro de tal industria farmacéutica, no sólo para con MERCK sino para todos los otros laboratorios farmacéuticos que están en el mercado. Definitivamente no se podría pretender dar a PROPHAR la categoría de “consumidor o usuario del mercado relevante de plantas industriales para la industria farmacéutica”, ni a MERCK la categoría “de tener cautivo, y por ende tener una posición de dominio del mercado de plantas industriales para la industria farmacéutica”. **9.2.1.-** Pues conceptualmente para tener una supuesta posición de dominio y por ende poder de mercado sobre el mercado relevante de plantas industriales, tendría que haberse demostrado que MERCK pretendía adquirir la mayoría de galpones, plantas industriales, bodegas o inmuebles en general en el país o en toda una provincia, para de esa manera sí impedir a los operadores económicos de productos farmacéuticos que tengan un lugar donde fabricar sus productos, lo cual evidentemente no es el caso; resultando contradictoria la aseveración del considerando Décimo Primero de la sentencia, para quien supuestamente tendría una posición de dominio de dichas plantas industriales, que: “Además hay que resaltar que tanto en primera instancia, cuanto en segunda instancia, se inspeccionó la planta industrial de propiedad de la actora y se pudo verificar que ésta apenas se había ampliado, que existe una afectación al predio donde ésta se levanta y que por exigencias de las normas de las Buenas Prácticas de Manufactura, técnicamente se dificulta su ampliación, ya que las diferentes áreas de producción no pueden levantarse adosadas, sino que tiene que existir cierta distancia entre ella, al tiempo que la generación de impurezas en el aire durante la ejecución de obras podría afectar los procesos de producción, los mismo que ya se encuentran congestionados, conforme se puede apreciar de las actas y de los informes de las inspecciones judiciales realizados en el proceso.” **9.2.2.-** Esta grave distorsión conceptual y jurídica la podemos apreciar claramente en los considerandos Décimo Primero y Décimo Segundo de la sentencia impugnada, que señalan: “DÉCIMO PRIMERO.- ...Siendo así, la demandada se encontraba en posición de dominio en el mercado de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica,... “DÉCIMO SEGUNDO.- ...Es claro que la demandada tenía posición de dominio en el mercado de plantas

*industriales aptas para la industria farmacéutica...*”. **DÉCIMO.-** Por todas las anteriores consideraciones, y sin que sea necesario entrar a considerar las otras causales de casación alegadas por las partes, este Tribunal de Casación considera que la sentencia impugnada incurrió en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, pues al motivarse la misma se recurre a una incorrecta explicación y aplicación del concepto de “mercado relevante” propio del “Derecho de Defensa de la Competencia”, a un litigio circunscrito al ámbito del “Derecho Civil” y del “Derecho de la Competencia Desleal”. **Además, la sentencia impugnada incurrió también en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación**, al resolver un asunto ajeno a las pretensiones del actor; esto es, *extra petita*, al declarar que MERCK tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella, toda vez que efectivamente la demanda de PROPHAR no se sustentó en tal argumento, sino en daños y perjuicios por cuasidelito civil, que tiene su origen en actos de competencia desleal; y también, *ultra petita*, al resolverse sobre una indemnización calculada por 15 años, mientras que en la demanda solo se reclama por un retraso en la producción de 2 años. **DÉCIMO PRIMERO.-** Para proceder conforme el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, y para expedir la sentencia que en lugar de la que se casa corresponde, este Tribunal de Casación se remite a los siguientes hechos que se desprenden de la sentencia impugnada: **11.1.-** Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) (**Actualmente PROPHAR S.A.**), es una compañía farmacéutica ecuatoriana que ha venido produciendo y comercializando para el mercado nacional medicinas a lo largo de los últimos veinte y ocho años. En estos recientes años su actividad principal ha estado centrada en la producción del analgésico más popular en el Ecuador, “Finalín”, producto que actualmente tiene una alta participación en el mercado de analgésicos OTC que se comercializan en el país. Que durante el año 2002 la participación de Finalín alcanzó el treinta y tres por ciento de las ventas en dicho mercado de analgésicos. Que desde hace aproximadamente tres años, ha venido desarrollando un programa de crecimiento y diversificación de su producción, lo que le ha llevado a incursionar en los mercados de productos farmacéuticos genéricos es decir, fármacos que no se encuentran protegidos

por ninguna patente, sea porque nunca se la obtuvo en el país o porque esta ha caducado, razón por la cual se encuentran en el dominio público, lo que equivale a decir que se lo puede producir libremente, sin autorización de ninguna persona y sin que se deba pagar regalías a ningún laboratorio nacional o extranjero. **Que el departamento de investigación y desarrollo de PROPHAR S.A., ha venido trabajando durante los últimos años en el desarrollo de varias familias de productos farmacéuticos,** y que por tanto su representada tiene la capacidad técnica para producir todos los productos genéricos que ha venido desarrollando durante los últimos años, **pero que lamentablemente hasta esa fecha no poseía la infraestructura industrial para producir en los volúmenes que exigía la demanda. Por lo que tenía la necesidad de contar con una nueva planta de producción que tenga una mayor capacidad productiva de la que en ese entonces poseía.** Que durante el año 2001 se iniciaron los contactos con Good Manufacturing Practices S.A., compañía que el 1 de junio del 2001 envió ya su oferta definitiva para realizar las ampliaciones necesarias a la planta y las demás obras de ingeniería que se requerían ejecutar a fin de adaptarla a las nuevas necesidades de producción. Que todo lo descrito no ha llegado a concretarse en buena medida como consecuencia de los actos de engaño que ha sufrido por parte de MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION, **toda vez en el mes de febrero de 2002 ejecutivos de MERCK hicieron conocer en forma verbal a la Subgerencia General de Nifa S.A. ahora PROPHAR S.A., la decisión de MERCK de vender su planta industrial ubicada en el Valle de Los Chillos,** cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha. 11.2.- Que como la oferta de negociación de la planta industrial de aquella compañía parecía seria y había indicios de que se podía llegar a un acuerdo en el menor tiempo posible, Nueva Industria Farmacéutica Asociada (NIFA S.A.) suspendió la planificación tendiente a la ampliación de la planta industrial de su propiedad o a la construcción de una nueva. **Que en aquel momento creían en la buena fe de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation,** por lo que pensaron que en poco tiempo y de forma transparente se llegaría a un acuerdo satisfactorio para las dos partes a fin de realizar la compraventa aludida. **Que el 17 de septiembre de 2002 PROPHAR hizo una oferta de adquisición de la planta por la suma de USD**

**1'400.000 dólares, oferta que fue confirmada mediante comunicación de 23 de septiembre de 2002. Que al día siguiente PROPHAR mejoró su propuesta a USD 1'500.000 dólares.** Que en los días siguientes se mantuvieron reuniones con el objeto de afinar los detalles finales de la negociación, y que el 30 de octubre del 2002 se remitió la escritura de compraventa y una copia de la carta del impuesto predial 2002 de MERCK, con el objeto de que se elabore el proyecto de minuta de compraventa del inmueble de propiedad de esta última compañía. 11.3.- **Que de manera inesperada el 16 de diciembre del 2002 MERCK envió a PROPHAR una carta en la que solicitaba se le informara sobre la utilización que ésta última hacía del medicamento "Rofecoxib", de propiedad de MERCK;** medicamento éste que PROPHAR sostenía que se encontraba en el dominio público, suposición que la basaba en una información equivocada que le había proporcionado el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI, y que por tal motivo PROPHAR había procedido a obtener el registro sanitario del medicamento mencionado Rofecoxib, pero que apenas supo que la patente de MERCK se encontraba vigente había desistido de seguir utilizando dicho medicamento, mientras estuviere vigente la misma. 11.4.- **Que el 10 de enero de 2003, cuando prácticamente las partes habían llegado a un acuerdo sobre todos los puntos en discusión en el proceso de negociación de la planta industrial referida, MERCK hizo saber a PROPHAR que se abstuviera de producir varios medicamentos genéricos por cinco años, que producía MERCK pese a que no se encontraban patentados en el Ecuador, y a que en la negociación inicial nunca se incluyó dicha condición.** Que los técnicos de PROPHAR procedieron a revisar la lista entregada por MERCK y que verificaron que varios de los productos de dicha lista se encontraban dentro de la clasificación de genéricos hecha por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, que otros tantos correspondían a productos que eran fabricados Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation y por otros laboratorios, y que el tercer grupo correspondía a fármacos que únicamente eran producidos por dicha compañía. Que a fin de concretar la adquisición de la planta industrial **PROPHAR estuvo dispuesta a no producir durante dos años aquellos productos que no se encontraban dentro de la lista de genéricos, pero que no podían aceptar la pretensión de no**

fabricar los productos clasificados como genéricos, toda vez que ello hubiera puesto a dicha compañía en una situación de grave desventaja frente a sus competidores. Que MERCK no aceptó razones y pretendió que se aceptaran todas las condiciones o caso contrario no le vendería la planta industrial de su propiedad ubicada en el Valle de Los Chillos. Que había trascurrido cerca de un año en el que se estuvieron realizando las negociaciones para la adquisición de dicha planta industrial, hasta que el 29 de enero de 2003 MERCK les informó que las conversaciones entre dichas compañías habían terminado, sin que a MERCK le importe el gravísimo daño que se estaba causando a PROPHAR S.A. (antes NIFA S.A.).

11.5.- Que PROPHAR consideró que resultaba muy predecible que MERCK la haya considerado un competidor a tener en cuenta, ya que se conocía que pese a sus pequeñas dimensiones se trataba de una compañía eficiente que cuenta con personal altamente calificado en todas las áreas de producción y comercialización, por lo que MERCK ingenió una estrategia para demorar su entrada en los mercados de productos genéricos. Que se puede apreciar que dicha estrategia partió de la oferta de venta de la planta industrial, oferta que daría inicio a un largo proceso de negociación, proceso que debía ser largo y complicado, tal como aconteció. Que solamente en el momento de que dichas negociaciones, que se habían prolongado a lo largo de los meses sin que hubiera razón para ello y estuvieran por finalizar se trataría de imponer el compromiso de no producir aquellos medicamentos que MERCK producía y que no contaba con una patente vigente en el país, a fin de evitar la competencia en los diferentes mercados en los que tales productos se encontraban compitiendo. Que las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de propiedad de MERCK se prolongaron durante un lapso cercano a un año, lapso durante el cual PROPHAR creyó en forma errada que se trataba de una oferta seria hecha por una compañía respetable que concluiría en la celebración del contrato de compraventa de la planta industrial y que, consiguientemente, PROPHAR podría adquirir la necesaria capacidad productiva para poder llevar adelante su programa de expansión. Que el engaño al que en forma dolosa MERCK le llevó tuvo como consecuencia que ésta retardara la ampliación de su planta industrial o la construcción o adquisición de una nue-

va por más de un año, lo que le ha ocasionado un enorme perjuicio económico, en vista de que no ha podido lanzar al mercado todos los productos farmacéuticos que su departamento de investigación y desarrollo tenía listos para la producción y que en los casos en que ha podido iniciar la producción, no ha alcanzado a satisfacer la demanda. Que el hecho de no contar con la nueva planta industrial impidió a PROPHAR competir en los mercados con varios de sus productos farmacéuticos genéricos; que de la misma manera, aquellos productos con los que han podido entrar a competir en los mercados, lo han hecho en pequeñas cantidades, ya que carece de la adecuada capacidad de producción. Que de haber contado con la nueva planta industrial, suponen, sobre la base de los estudios de mercados que han realizado, que la participación de PROPHAR en los respectivos mercados hubiera sido alta, por lo que, como consecuencia del error al que les llevó al engaño perpetrado por Merck, PROPHAR sufrió gravísimos perjuicios económicos, ya que su programa de crecimiento se ha visto frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de 2003 ha retomado los diversos proyectos para construir la nueva planta industrial.

11.6.- Que para poder determinar el daño real que MERCK ha ocasionado a PROPHAR es necesario conocer que en Ecuador durante el año 2002 se negociaron productos farmacéuticos por valores cercanos a los cuatrocientos millones de dólares y se estima que en el ejercicio económico del año 2003 los montos negociados superarán los quinientos millones de dólares y que si bien los medicamentos genéricos representan una pequeña parte de los diferentes mercados de productos farmacéuticos, hay que tener en cuenta que en los últimos años las ventas de estos productos se han incrementado en porcentajes cercanos al 300%. Que durante el año 1998 el total de ventas de productos genéricos alcanzó la suma de USD 9'306.313 dólares, en tanto que estimaban que para el año 2003 las ventas de estos productos ascenderán a la suma de USD 25'998.017 dólares, ya que el crecimiento porcentual de las ventas de productos genéricos en relación con el total de las ventas de productos farmacéuticos ha pasado del 2,76 % en el año 1998 al 5,12 % que proyectado para el año 2003 y que dicho porcentaje se incrementaría durante el año 2004. Que sobre la base de lo expuesto, PROPHAR (antes NIFA S.A.) considera

que los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los doscientos millones de dólares (USD. 200'000.000,00) ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial, daños que deberán ser resarcidos por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, en razón de su actuación fraudulenta. Con estos antecedentes y fundado en lo dispuesto por el artículo 272 y el artículo 273 de la Constitución Política de la República, los artículos 18, 29, 2241, 2256, 2260, del Código Civil, los artículos 63, 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, demanda a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation el pago de doscientos millones de dólares americanos (USD. 200'000.000,00) por concepto de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) por los actos ejecutados por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation que llevaron a que sufriera un grave daño, más los correspondientes intereses de mora, así como las costas judiciales en las que se incluirán los honorarios de su abogado defensor.

**11.7.-** MERCK por su parte negó todos los fundamentos, y conforme consta en el considerando tercero de la sentencia impugnada, propuso las excepciones de: 1) Negativa de los fundamentos de hecho de la demanda, especialmente la afirmación de que haya sido Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation la que haya dado término a las negociaciones que se encontraban en trámite, pues fue la actora la que decidió suspender y terminar toda negociación. 2) Niega que Merck haya actuado con dolo, fraude o engaño. 3) Niega que los hechos inclusive aquellos falsamente incluidos en la demanda, tengan las consecuencias jurídicas atribuidas por la actora. 4) Niega que haya existido un delito por parte de Merck esto es que ésta haya realizado un hecho ilícito con la intención de causar daño. 5) Niega que sean aplicables a la situación las normas de los artículos 2241 y siguientes del Código Civil. 6) Niega que haya causado daño alguno a la actora. 7) Niega que la actora haya sufrido un perjuicio entre 200 y 300 millones de dólares. 8) Niega que sea posible que la actora haya previsto obtener beneficios entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia directa de la adquisición del inmueble que fue propiedad de Merck. 9) Niega que la actora haya sufrido pérdidas entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia de la fallida negociación. 10) Niega que sean

aplicables a la situación las demás normas de derecho mencionadas por la actora en la demanda. 11) Niega que exista obligación de pagar cantidad alguna a favor de la actora por supuesta indemnización de daños y perjuicios pues la actora carece de todo derecho. **DÉCIMO SEGUNDO.-** Este Tribunal de Casación se remite a todo lo dicho en el considerando noveno de esta sentencia, y razona que el hecho de la contratación fallida entre las dos empresas farmacéuticas PROPHAR (antes Nifa S.A.) y MERCK por la planta industrial de ésta última, no es un tema de Derecho de la Competencia como ya se explicó, sino un conflicto de Derecho Civil, circunscrito al alcance ya mencionado en el punto 4.5 de esta sentencia que dio PROPHAR (antes Nifa S.A.) a su demanda de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil contra MERCK, que fundamentó en los actuales artículos 29, 2214, 2229 y 2235 del Código Civil, en concordancia con el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998. Que dicha acción civil tuvo como objeto que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK ocasionaron a PROPHAR, que debe ser indemnizada tal como lo admite la doctrina y la legislación extranjera; **que tal demanda se fundamentó en los actos contrarios a la libre competencia que MERCK realizó en contra de PROPHAR, al incurrir en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución Política de 1998, razón por la cual cometió un ilícito.** Que de ninguna manera la falta de ley que regulara la competencia en esos momentos, implicaba que la conducta de la demandada fuera lícita, que su conducta continuó siendo ilícita y prohibida por la Constitución Política, **y que la ilicitud de la práctica permitía que los afectados particulares pudieran reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios** por la comisión de un acto ilícito que le hubiera ocasionado daño. **Todo acto ilícito se constituye como un delito o cuasidelito, por lo que las disposiciones legales contenidas en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil son perfectamente aplicables al presente caso.** **DÉCIMO TERCERO.- 13.1.-** Este Tribunal tiene claro, por tanto que el presente litigio nunca fue un tema a ser considerado dentro, propiamente, del "Derecho de Defensa de la Competencia", cuyas normas tienen una *ratio* de mantenimiento del orden organizativo del sistema económico, que distingue con claridad a los

operadores económicos, de los consumidores y usuarios a quienes finalmente intenta proteger, de los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas de poder de mercado en que incurran los primeros, a efectos de evitar que tales abusos de los operadores económicos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional como un todo, afectando negativamente la eficiencia económica del sistema o el bienestar general de los consumidores o usuarios; **en definitiva el Derecho de Defensa de la Competencia busca la protección del “orden público económico”,** por lo que si el acto desleal de un operador económico no afecta al interés general, éste será descartado por la defensa de la competencia, **siendo claro que la negociación fallida entre PROPHAR y MERCK por la compra de una planta industrial, de ninguna manera es un tema de Derecho de Defensa de la Competencia, siendo mas bien un tema de cuasidelito civil por práctica desleal, que es un asunto completamente diferente.** 13.2.- Por lo que este Tribunal de Casación comparte plenamente, lo que nos enseña autorizada doctrina jurídica, en la obra **“COMPETENCIA DESLEAL. Actos de desorganización del Competidor”,** García Menéndez, Sebastián, edit. Lexis Nexis, Buenos Aires-Argentina, 2004, Pág. 21, que señala: **“Por otro lado, existe el fenómeno contrario al anterior, el otro aspecto problemático de la competencia: la degeneración en la lucha competencial con la utilización de prácticas desleales. No se trata en este caso de “pérdida” de agresividad mediante acuerdos entre empresarios para restringir la competencia y dividirse el mercado, sino de “exceso” de agresividad empresarial a través del recurso a cualquier medio ilícito o desleal para atraerse a los consumidores. Este fenómeno no tiene su origen en la fuerza o la intensidad con que el operador mercantil intenta atraerse el mercado (es más, dicho esfuerzo competitivo y de superación de las propuestas del resto de los competidores es lo que se espera del operador y lo que le conviene al tráfico), sino en la utilización de medios reprochables y que se consideran incorrectos para dejar fuera del mercado a otros operadores, influyendo así en la toma de decisión a cualquier nivel del tráfico mercantil. Contra el primero de los fenómenos surge la defensa de la competencia, la cual persigue garantizar la existencia de una competencia suficiente, protegiéndola contra cualquier ataque al interés público. De esta manera se vela por el**

**correcto funcionamiento del mercado en general. Mediante la protección contra el segundo de los fenómenos, la competencia desleal, se persigue salvaguardar los intereses concretos y la integridad de los operadores de mercado. Si bien ambas vertientes de esta intervención legislativa están centradas en la protección de un mismo bien común que es la “competencia” (y a través de ella se protege a los competidores, consumidores y a la sociedad en general), la protección contra la competencia desleal responde a una finalidad más marcada de derecho privado: el impedir, evitar o reparar el daño provocado a un competidor por otro operador de mercado que actúa deslealmente. Sin embargo, la defensa de la competencia hace hincapié en el “daño al mercado” y no en las “consecuencias particulares” que produjo un acto desleal sobre un competidor determinado. Ello se pone de manifiesto en el Art. 51 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (Argentina), el cual establece que: “Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.** 13.2.1.- Argumento jurídico éste mencionado en el punto anterior que es correcto, y que es recogido también por nuestra actual Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que dice: **“Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común...”**, pero que al estar vigente desde el año 2011 no es aplicable directamente al presente caso, por el principio de irretroactividad de la ley. 13.3.- Podemos apreciar así que, **en el ámbito de la defensa de la competencia el empresario no podrá obtener reparación de los daños y perjuicios causados por otro competidor; sólo se podrá limitar a obtener, mediante el recurso a la acción administrativa, el reproche de la conducta desleal desde el punto de vista de su contradicción con el interés general, y la aplicación de sanciones generales y preestablecidas (que no de resarcimiento particular) contra el condenado.** Como apunta Molina Sandoval, Carlos, en la obra “El interés económico general en la ley de defensa de la competencia”, citado por García Menéndez,

ibídem, Pág. 22 y 23, para la defensa de la competencia: “...de nada sirve prohibir un acto, con ducta, acuerdo u otras formas de distorsionar la competencia si este acto no produce [ni tiene aptitud] efectos algunos contra el orden económico. Si el acto no produce o puede producir perjuicio al interés económico, no tiene sentido su prohibición”. Por lo tanto, mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentan limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, **a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor**, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se vean atraídos no por el mejor empresario, sino por aquel que utilizó medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados. **A grandes rasgos, la defensa de la competencia protege al orden público económico de la acción de los competidores, mientras que la protección contra la competencia desleal sanciona a los actos desleales de los competidores “entre sí”**. La defensa de la competencia defiende a la competencia como institución del mercado; no protege directamente a los empresarios frente a los actos desleales de sus pares, sino que garantiza la libre competencia en beneficio del interés general; es decir, que exista una oferta plural y una igualdad de acceso al mercado. En consecuencia, como expresa Chaloupka, “las disposiciones de índole administrativa... no abren la vía para una controversia entre los competidores circunstancialmente involucrados, sino que se trata de actuaciones de oficio de la administración”. **En resumen, sin el derecho de la competencia desleal, la prevención y represión de los actos desleales entre competidores que no llegaran a afectar el interés general quedaría huérfana**.” (Las negritas y el subrayado son nuestras). **13.4.-** En la misma obra citada “COMPETENCIA DESLEAL. Actos de desorganización del Competidor, en las páginas 78, 79, 166, claramente se menciona **que los actos de desorganización del competidor: “son aquellos que persiguen la desestabilización de la organización de los factores productivos y de la estructura logística del competidor... Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente a la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Dentro de este grupo encontrarán**

*cabida: la violación de secretos, los actos de inducción a la violación contractual, la violación de la no-competencia, la discriminación y el boicot empresarial, la negativa injustificada a entablar relaciones comerciales, los actos de obstaculización, los actos de agresión, los actos de imitación que no generen confusión, la competencia parasitaria y los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, entre otros.”. “**La negativa a entablar relaciones comerciales, comúnmente conocida como “negativa de venta”**, es el acto de competencia desleal de carácter discriminatorio mediante el cual un operador de mercado rechaza contratar con otro operador en competencia directa o indirecta con aquél, **o finaliza una relación comercial en vigencia, sin que dicha ruptura implique una violación contractual**. Asimismo, la ruptura o la negativa a contratar puede manifestarse indirectamente en aquellos casos en los que, a pesar de no existir una negativa expresa, las condiciones impuestas por el actor imposibiliten o tornen antieconómica en la práctica la aceptación de éstas por la contraparte (como sucede en el caso de las ventas o compras atadas, a las que nos referiremos más adelante, que tornan antieconómica la adquisición o venta del servicio o producto que efectivamente quiere adquirirse o vender).” (Las negritas y el subrayado son nuestras). **DÉCIMO CUARTO.- 14.1.-** Este Tribunal de Casación considera por tanto, conforme la doctrina citada, que **está ante una acción, no de Derecho de Defensa de la Competencia como ya se lo ha explicado, sino ante un caso de cuasidelito civil, por daños y perjuicios causados provenientes de otras prácticas que impidan y distorsionen la competencia**, dentro de la institución mercantil que la doctrina del Derecho de la Competencia Desleal (no de “defensa” de la competencia), **la califica de competencia desleal, por actos de desorganización del competidor, por negativa de venta**. **DÉCIMO QUINTO.-** Este Tribunal de Casación tiene claro que **dentro de este procedimiento no es relevante la consideración respecto a la discusión mencionada en el punto anterior, que se dio entre MERCK y PROPHAR en relación a la patente, registro y uso del medicamento “Roficoxib” a partir del 16 de diciembre de 2002, pues las partes debían ventilar esa situación principalmente dentro del ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual, pero indudablemente MERCK, trajo ese tema a colación dentro de una negociación que no tenía nada que ver con medicamentos***

específicos, ni su uso o venta, sino que usó tal argumento de su patente sobre Roficoxib, para entorpecer, condicionar, y finalmente dejar sin efecto una negociación que se venía desarrollando desde febrero de 2002; MERCK pretendió condicionar la negociación de su planta industrial, que se venía dando ya por 10 meses a esa fecha, a un tema que nada tenía que ver con la misma. Ante el advenimiento de PROPHAR a dejar de vender temporalmente el medicamento Roficoxib, inmediatamente MERCK trató de presionar más para que PROPHAR adicionalmente deje de producir y vender, no solo el medicamento tantas veces señalado, sino incluso otros medicamentos genéricos. **MERCK, con esta actitud, indudablemente incurrió “en otras prácticas que impidan y distorsionen” la competencia, conforme se explicó en el considerando 8.1 y otros, que afectaba una negociación de carácter civil, dando lugar a que se configure un cuasidelito civil, conforme el artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998 entonces vigente, y artículos 2214 y 2229, primer inciso, del Código Civil, con los correspondientes daños y perjuicios a ser resarcidos a PROPHAR (antes Nifa S.A.) dentro de lo que la doctrina jurídica conoce como actos de desorganización del competidor, por negativa de venta, en el Derecho de la Competencia Desleal.** DÉCIMO SEXTO.- 16.1.- La sentencia de primera instancia, del Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha, de 17 de diciembre de 2007, acoge completamente la demanda y sentenció a MERCK al pago de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América; y la sentencia de 23 de septiembre del 2011, de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, confirma la sentencia, pero se la reforma en cuanto al monto de la indemnización, y se la fija en ciento cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América. 16.2.- Resulta entonces de todo lo anterior, que la mencionada Sala de la Corte Provincial con sus erradas conceptualizaciones, ha fijado una indemnización de USD 150'000.000,00 por una negociación fallida de venta de una planta industrial, cuya oferta final fue de USD 1'500.000,00, ¡¡esto es, con un valor que equivale a cien (100) veces el valor de la planta industrial objeto de la negociación fallida!! Tal monto carece de toda proporción; toda vez, como se ha explicado, el conflicto dado entre las dos empre-

sas farmacéuticas referidas, se dio como consecuencia de un cuasidelito civil originado en un acto de competencia desleal por actos de desorganización del competidor por negativa de venta. 16.2.1.- Ello se dio porque la Sala de la Corte Provincial referida, sin más, acogió el argumento de PROPHAR, en el considerando primero de su sentencia, al decir que: *“es necesario conocer que en Ecuador durante el año 2002 se negociaron productos farmacéuticos por valores cercanos a los cuatrocientos millones de dólares y se estima que en el ejercicio económico del año 2003 los montos negociados superarán los quinientos millones de dólares, y que si bien los medicamentos genéricos representan una pequeña parte de los diferentes mercados de productos farmacéuticos, hay que tener en cuenta que en los últimos años las ventas de otros productos se han incrementado en porcentajes cercanos al trescientos por ciento. Que durante el año 1998 el total de ventas de productos genéricos alcanzó la suma de USD 9'306.313 dólares, en tanto que estimaban que para el año 2003 las ventas de estos productos ascenderán a la suma de USD 25'998.017 dólares, ya que el crecimiento porcentual de las ventas de productos genéricos en relación con el total de las ventas de productos farmacéuticos ha pasado del 2,76 % en el año 1998 al 5,12 % que proyectado para el año 2003 y que dicho porcentaje se incrementaría durante el año 2004.* o) **Que sobre la base de lo expuesto, Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) considera que los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los doscientos millones de dólares (USD. 200'000.000,00) ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial.”.** 16.3.- Tema éste que se ha pretendido ratificar con un informe pericial, conforme el Considerando Décimo Sexto de la sentencia del Tribunal ad-quem mencionado, que señala: *“La pérdida de ingresos económicos de la actora ha sido valorada por el perito Cristian Augusto Cabrera Fonseca, quien fue designado y posesionado como perito por la Sala; si bien el peritaje elaborado por el Ing. Cabrera ha sido impugnado por la demandada, la Sala lo encuentra adecuadamente sustentado, ya que el cálculo de los daños y perjuicios se lo ha realizado teniendo en cuenta la proyección de ventas a futuro, sobre la base de los costos de producción y comercialización, aplicando el método de mínimos cuadrados a fin de alcanzar la función que mejor*

aproxima los datos existentes a la realidad. El perito ha calculado el incremento de la producción de la actora sobre datos reales de las ventas de dicha compañía y ha tenido en cuenta lo que ha dejado de producir por carecer de suficiente capacidad de producción.". 16.4.- Al respecto MERCK señala en el punto un ciento cincuenta y cuatro de su escrito del recurso extraordinario de casación, que "El perito Cristian Cabrera, designado en contra de la Constitución, demostró su ignorancia al abstenerse de señalar cuál fue el hecho que causó, supuestamente daños a Nifa, pero los jueces de segunda instancia impidieron que se le cuestionará, en una nueva violación de la Constitución. **Llegó a la arbitrariedad de considerar como parte del lucro cesante el monto de las ventas obtenidas por Nifa S.A. durante 2003 a 2008. Adicionalmente, calculó el margen de ganancias de Propfar durante ese periodo en casi 50%. Un margen de ganancia del 50% es más de quince veces mayor que el margen histórico de Nifa S.A., y que esta prohibido bajo la ley ecuatoriana** (según el artículo 14 del Instructivo para la revisión y fijación de precios de medicamentos de uso humano publicado en el Registro Oficial N° 730 de 23 de diciembre de 2002, el margen de comercialización para productos genéricos es de 25%)". 16.5.- Respecto a este peritaje mencionado del Ing. Cabrera, este Tribunal ve con preocupación el memorando N° 1942-DP-DPP, a fojas 367 del expediente de casación, por el cual el Jefe de Personal de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, se dirige al Director del mismo organismo, en el cual en referencia al perito Ing. Cristian Augusto Cabrera Fonseca, dice: **"...que el mencionado perito solo acredita conocimiento y experticia en CONTABILIDAD Y AUDITORÍA, antecedentes que conocía el Ing. Javier Tipán, que entre sus otras funciones estaba a cargo del proceso de acreditación y renovación de peritos... Señor Director, por un error involuntario de desinformación, se emite la renovación de acreditación mediante MEMORANDO N° 1430-DP-DPP con fecha 25 de abril de 2012 para el ingeniero Cabrera Fonseca Cristian Augusto en la especialidad de "CÁLCULO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE. CONTABILIDAD, FINANZAS Y TRIBUTACIÓN", sin considerar el antecedente expuesto... Este particular como es de su conocimiento, es informado a su persona y posteriormente una vez analizado, se procede a sus-**

**pende la renovación que actualmente tiene en su poder el Ing. Cristian Cabrera Fonseca y emitir un nuevo certificado de acreditación con la especialidad en CONTABILIDAD Y AUDITORÍA conforme a su memorando, cuya copia adjunto, así como también la modificación pertinente en la página web de la Función Judicial de Pichincha...". 16.6.- De lo anterior se desprende con claridad, que la sentencia impugnada toma como referencia para la indemnización un parámetro que de manera alguna tiene que ver ni con PROPHAR ni tampoco con MERCK, sino "con la producción y ventas nacionales que se den de productos genéricos, y además proyectando tal dato farmacéutico del país como tal por varios años" y con márgenes supuestos de ganancia y de comercialización por encima de márgenes históricos empresariales y legales adecuados, lo cual resulta evidentemente ilógico; pudiéndose así una vez más apreciar como la sentencia de instancia confunde el "Derecho de Defensa de la Competencia", con un caso que corresponde a un tema de "Derecho de Competencia Desleal", al tomar un parámetro nacional de ventas de productos genéricos para un caso particular, con el agravante de que tal caso particular no se refiere ni siquiera a la venta de medicamentos concretos, sino a la venta de una planta industrial como ya tantas veces se ha mencionado. 16.7.- Pero aún en el no consentido supuesto que ello hubiese sido así, para tener una idea del despropósito de la indemnización impuesta por la sentencia impugnada, podemos apreciar que incluso hoy, la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Registro Oficial No. 555, Suplemento, de 13 de octubre del 2011), para "infracciones muy graves", da un parámetro objetivo, entre otros, de cuarenta mil remuneraciones básicas unificadas, lo que actualmente sería once millones seiscientos ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD. 11'680.000,00). 16.8.- La sentencia impugnada contiene además el yerro conceptual de suponer que ese valor podría constituir una indemnización a favor de un competidor, cuando en la realidad tal valor, de ser teóricamente impuesto a un operador económico dentro del Derecho de Defensa de la Competencia, jamás incrementaría las cuentas privadas de un particular, pues constituiría una multa a depositarse en una de las cuentas del Tesoro Nacional del país, en razón de la infracción que un operador económico**

comete por abuso de poder de mercado o prácticas restrictivas, por el perjuicio general que ha causado a consumidores y usuarios y el riesgo en que ha puesto al orden público económico.

**16.9.-** Más bien, en la sentencia se menciona que **la propia MERCK cuantificó las pérdidas que le podría ocasionar la competencia de la actora durante el periodo 2003-2008 en la suma de USD cuatro millones cien mil dólares (aproximadamente USD ochocientos veinte mil dólares por año), “lo que es significativo, ya que deja ver que a la demandada le preocupa la posible competencia que le podía hacer la actora y que había cuantificado la incidencia de tal competencia, al punto de valorar las posibles pérdidas que le ocasionaría.”.**

**16.10.-** Por lo que este Tribunal de Casación establece como parámetro de indemnización, la oferta final realizada por PROPHAR de un millón quinientos mil dólares (USD. 1'500.000,00), y la propia fijación que MERCK señala del potencial daño de mercado que PROPHAR, en óptimas condiciones, le hubiese podido causar en pérdidas de hasta ochocientos veinte mil dólares (USD 820.000,00) por año.

**16.10.1.-** Además este Tribunal toma también como parámetro temporal, el periodo de dos años para fijar la indemnización correspondiente; pues de la propia sentencia de la Corte Provincial se desprende que **a decir del propio PROPHAR (antes Nifa S.A.) se “ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial”, y que el programa de crecimiento de PROPHAR “se ha visto frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de 2003 ha retomado los diversos proyectos para construir la nueva planta industrial”.**

**16.11.-** Este Tribunal considera que los parámetros de indemnización clásicos del Código Civil, bajo el esquema de daño material directo, y sus categorías de daño emergente, lucro cesante y daño moral, no son los únicos aplicables en el moderno concepto de Derecho de la Competencia Desleal, que como hemos visto se rige por otros conceptos jurídicos que están más allá del Derecho Civil, para conformar un nuevo binomio jurídico que comprende el nuevo Derecho de la Competencia en sus dos vertientes, de “Derecho de Defensa de la Competencia” y “Derecho de la Competencia Desleal”. Por ejemplo **una categoría indemnizatoria nueva del Derecho de la competencia Desleal, lo constituye “la pérdida de chances”,** que la doctrina nos indica que **“... la pérdida de chan-**

**ce ha sido reconocida como daño indemnizable... cuando la gente, mediante su actuación ilícita, ha roto o interrumpido un proceso que podría haber conducido a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño. Si la posibilidad frustrada era bastante fundada -o sea, más que posibilidad era una probabilidad- la frustración de ella debe ser indemnizada por el responsable... en tal caso, la indemnización es de la chance mismo, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era el objeto de aquella, ya que lo frustrado es la chance...”** (Míguez Isabel, “La empresa y las responsabilidades emergentes de la competencia desleal”, Revista Prudentia Iuris, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000. citado por García Menéndez, ibídem, Pág. 198. Lo subrayado es nuestro).

**16.12.-** En este mismo sentido, y al igual que la doctrina jurídica argentina de competencia desleal antes citada, la doctrina jurídica colombiana más actualizada, nos indica también: **“La “pérdida de la oportunidad” o “pérdida del chance” es un concepto diferente al del lucro cesante... Definida por la doctrina francesa como la “desaparición de la probabilidad de un suceso favorable” o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado. La pérdida de la oportunidad debe ser indemnizada cuando alcance un determinado grado de probabilidad... Para calcular la pérdida de la oportunidad o del chance debe acudir a ficciones que no se encuentran basadas en pruebas realmente existentes. En tiempos recientes, la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo...”**. (Isaza Posse, María Cristina, “De la cuantificación del daño”, segunda edición, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 2011, Págs. 46-47).

**16.13.-** Se aprecia en el presente caso, que efectivamente la posibilidad frustrada era bastante fundada, cuando a fojas 5.662 del

proceso se puede apreciar que de acuerdo al impuesto a la renta de **Nifa S.A. incrementó el total de ventas de manera consistente desde el año 2001 al 2004**, así en el año 2001 se generaron ventas por USD 2'024.316,96, en el año 2002 USD 2'778.680,91, en el año 2003 USD 3'311.242,52, y en el año 2004 USD 4'881.770,63. E igualmente que el margen de ganancias netas que obtuvo Nifa S.A. en sus operaciones durante los años 2001 a 2004 fue de, en el año 2001 USD 63.797,35, en el año 2002 USD 1.458,19, en el año 2003 USD 34.866,33, y en el año 2004 USD 354.298,78. **Esto implica que PROPHAR pese a no tener la propiedad de la planta industrial, siguió muy activa en la industria farmacéutica y generando porcentajes de venta y utilidad significativos.** 16.14.- **Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, incurrió en prácticas que impiden o distorsionan la competencia en perjuicio de PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.), conforme lo señalado especialmente en el punto 8.1 y considerandos décimo cuarto y décimo quinto de esta sentencia; la cual da lugar a un cuasidelito civil, dentro de lo que la doctrina jurídica conoce en el Derecho de la Competencia Desleal, como actos de desorganización del competidor, por negativa de venta.** 16.15.- **Con los parámetros señalados, este Tribunal obtiene la suma de un millón quinientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de América, como suma indemnizatoria total, que incluye los daños y perjuicios de cualquier naturaleza producidos.** Por todo lo anterior, y sin necesidad de ya más consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** **A)** se casa la sentencia dictada el 23 de septiembre del 2011, 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por las causales quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. **B)** Se ordena que MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION indemnice por daños y perjuicios, a PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.), conforme los artículos 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, y artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia Desleal, con la cantidad de un millón quinientos setenta mil dólares de los

Estados Unidos de América, por todo concepto indemnizatorio. **C)** Sin costas; ni honorarios profesionales que regular. **D)** De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese a PROPHAR la suma de veinte tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, que por caución consta consignada a fojas 11.890 del proceso.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- ff) Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Juezas Nacionales, y Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

#### ACLARACIÓN

**JUEZ PONENTE:** Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Quito, 22 de octubre de 2012, las 10h42.- **VISTOS:** 1) PROPHAR S.A., mediante escritos de 27 de septiembre de 2012, 14h26, y 28 de septiembre de 2012, 11h35; y, MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION, (en lo sucesivo MSD), mediante escrito de 27 de septiembre de 2012, 16h54, solicitan que se aclare la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2012, 16h44. Mediante decreto de 28 de septiembre de 2012, 09h30, se corrió traslado mutuo entre las partes con sus escritos de aclaración, habiendo PROPHAR S.A. contestado en escrito de 2 de octubre de 2012, 16h40; y, MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION, mediante escrito de 2 de octubre de 2012, 16h45. 2) Conforme el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, cabe la aclaración si la sentencia fuere oscura. 3) PROPHAR S.A. solicita que el Tribunal explique la fórmula y método matemático utilizado para determinar el valor de la indemnización que se ordena pagar en la sentencia. Al respecto, este Tribunal de Casación hace notar a la peticionaria, que todas las consideraciones y parámetros en los que se fundamentó para fijar la indemnización constan clara y ampliamente analizados en el considerando Décimo Sexto de la sentencia, páginas 38 a 46 de la misma, por lo que, no hay nada que aclarar al respecto. 4) PROPHAR S.A. solicita se aclare el considerando Décimo Tercero de la sentencia, en el sentido de que la actuación de MSD no solo afectó el interés particular sino también el interés general. Tal pretensión es improcedente, toda vez se estaría solicitando una reforma de la sentencia, dado que el considerando Décimo Tercero claramente sostiene que la negociación fallida entre PROPHAR y MERCK por la compra de una planta industrial, de ninguna manera es un tema de Derecho de Defensa

de la Competencia, siendo mas bien un tema de cuasidelito civil por práctica desleal, que es un asunto completamente diferente, y en el considerando Décimo Cuarto claramente se determina que en el presente caso se está ante una acción, no de Derecho de Defensa de la Competencia como ya de manera muy completa se explicó en el considerando Décimo Tercero de la sentencia (analizando también doctrina jurídica del Derecho de la Competencia Desleal muy actualizada), sino ante un caso de cuasidelito civil, por daños y perjuicios causados provenientes de otras prácticas que impidan y distorsionen la competencia, dentro de la institución mercantil que la doctrina del Derecho de la Competencia Desleal (no de “defensa” de la competencia), la califica de competencia desleal, por actos de desorganización del competidor, por negativa de venta; por lo que no hay nada que aclarar y se rechaza el pedido del peticionario en tal sentido, a más de que evidentemente está prohibido a los jueces, conforme el artículo 281 del CPC, reformar la sentencia. 5) PROPHAR S.A. solicita que se aclare el punto 6.6.1 del considerando Sexto de la sentencia, tal pedido es improcedente; porque en este considerando se resalta más bien el hecho de que la sentencia de instancia, que ha sido casada, no contiene la identificación concreta de la prueba que establezca que MSD tenía posición de dominio, esto es más del 25% de algún mercado relevante pertinente, pues como a lo largo de la sentencia de este Tribunal se resalta, no se podría considerar que tal mercado relevante sería el de plantas industriales para la industria farmacéutica, lo cual es resaltado además en el punto 9.9.2, entre otros, del considerando Noveno de la sentencia. Por otra parte, el concepto de mercado relevante es propio del Derecho de Defensa de la Competencia, y no del Derecho de la Competencia Desleal, Derecho éste último dentro del cual se ha enmarcado el caso resuelto. 6) Finalmente, con relación a los puntos 16.4 y 16.5 del considerando Décimo Sexto, éstos son claros, y simplemente se refieren al memorando No. 1942-DP-DPP que consta a fojas 367 del expediente de casación, por lo que no hay nada que aclarar al respecto. 7) En consideración al pedido de aclaración de MSD, que solicita se aclare que el recurso de casación presentado por PROPHAR S.A. ha sido rechazado. Al respecto este Tribunal observa que PROPHAR S.A. fundó su recurso de

casación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, mientras que MSD lo basó, en las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, conforme se menciona en el considerando Segundo de la sentencia. Es por ello que en el considerando Tercero, conforme una correcta técnica de casación, se menciona que tales argumentaciones deben ser analizadas no como se lo haría si fuese un recurso de tercera instancia, sino bajo los principios procesales de la casación; y por ello el Tribunal determinó, conforme lo ha hecho en innumerables ocasiones la anterior Corte Suprema y la actual Corte Nacional de Justicia, que el examen de las causales de casación alegadas por los casacionistas se analizarían en el siguiente orden: “primeramente la causal segunda; posteriormente, de ser necesario, las causales quinta y cuarta; para concluir, de ser el caso, con las causales tercera y primera” (3.2). En la sentencia, punto A de la parte resolutive, se resolvió que “se casa la sentencia dictada el 23 de septiembre del 2011, 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por las causales quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.”. Por lo tanto casada ya la sentencia por las causales referidas, no cabía entrar a analizar las argumentaciones tanto de PROPHAR S.A. como de MSD respecto a la causal primera, más aun cuando PROPHAR S.A. pretendía con dicha causal en su recurso, que este Tribunal de casación case la sentencia de instancia; pero para que se ratifique la sentencia del juzgador de primer nivel, que mandó a pagar a MSD la cantidad de doscientos millones de dólares, lo cual pierde todo sentido, toda vez la sentencia de instancia de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que ordenó pagar a MSD la cantidad de ciento cincuenta millones de dólares sí ha sido casada, en los términos que constan en la sentencia dictada por este Tribunal; por lo que se aclara que el recurso de casación presentado por PROPHAR S.A. devino en improcedente por ser contradictorio con lo resuelto en la sentencia de 21 de septiembre de 2012, 16h44. ff) Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Juezas Nacionales, y Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

**3.1.10. Juicio Nº 596-2009****Asunto:** Contrato de Compraventa**Jueza Ponente:** Dra. María Rosa Merchán**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL y MERCANTIL**

**Quito, 14 de junio de 2012, las 09h30. VISTOS:** (Juicio Nº 596-2009) **ANTECEDENTES.** En el juicio ordinario que por pago de importe de cheque sigue Byron Ramiro Siguenza Castro en contra de Yene del Carmen Jaramillo García, la parte demandada interpone Recurso de Casación, impugnando la sentencia pronunciada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fecha 23 de marzo de 2009, las 09h35, la que rechazando el Recurso de Apelación confirma el fallo del juez de primer nivel que declara con lugar la demanda. La recurrente, acusa como infringidas las disposiciones legales contenidas en los siguientes artículos: 1715, 1575, 1561, 1732, 1811 del Código Civil; artículo 45 de la Ley de Cheques; y artículos 114, 119, 175 y 242 del Código de Procedimiento Civil, infracciones que las fundamenta en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** Fundamenta su recurso en las causales PRIMERA y SEGUNDA del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto a la causal primera, afirma que ha existido aplicación indebida de los artículos 1715 y 1575 del Código Civil; y, Art. 45 de la Ley de Cheques. La acusación de indebida aplicación del artículo 1715 del Código Civil, la fundamenta en el hecho de que jamás ha contratado con el demandante, quien celebró un negocio de compraventa de un vehículo con su hermano, que por lo tanto el cheque adjuntado al proceso, no es prueba plena de la obligación exigida, como lo afirma el juez de primera instancia y la Sala de Apelación al confirmar en todas sus partes la sentencia de primer nivel. La imputación de aplicación indebida del artículo 1575 del Código Civil, no contiene fundamento alguno. La imputación de indebida aplicación del artículo 45 de la Ley de Cheques, la fundamenta en la aseveración de que el actor ha renunciado a sustentar su acción en la Ley de Cheques, al argumentar que el cheque materia del proceso ha sido devuelto por falta de firma conjunta y no ha sido protestado, por lo que no se acoge al artículo 57

de la Ley de Cheques, y demanda en la vía ordinaria. Al amparo de la misma causal, acusa como infringida en la sentencia la norma contenida en el artículo 1561 del Código Civil, por falta de aplicación; considera la recurrente que de haberse aplicado la norma que prescribe “*todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes...*”, se hubiera apreciado que el demandante celebró el contrato de compraventa de un vehículo con su hermano Julio Jaramillo, del cual nace la obligación de pago del dinero que el demandante ha venido reclamando a la recurrente y no a quien está obligado al pago. Con respecto a la imputación de falta de aplicación del artículo 1732, que define al contrato de compraventa, señala la recurrente que habiendo el demandante reconocido que la obligación se genera de un contrato de compraventa de un vehículo del cual se le adeuda la suma demandada, debe reclamar su pago al comprador del vehículo. Que por la misma razón la Sala ha dejado de aplicar en la sentencia el artículo 1811 del Código Civil, que señala que la principal obligación del comprador es pagar el precio. Con respecto a las imputaciones con fundamento en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, asevera que aquella se configura en la aplicación indebida del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, la que ha provocado su indefensión al no ordenarse la práctica de una prueba que de habérsela ordenado hubiera demostrado que el vehículo objeto del contrato de compraventa se encontraba fuera del comercio, por encontrarse inscrito un contrato de compraventa con reserva de dominio. En la misma razón fundamenta la acusación de falta de aplicación de los artículos 119, 175 y 242 del Código de Procedimiento Civil, con respecto a no haberse ordenado la práctica de una inspección judicial al cheque, y la designación de un perito. Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168. 6 de la Constitución del Ecuador, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.** 1. JURISDICCION Y COMPETENCIA. 1.1

Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 30 de enero del 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

**2. ANALISIS MOTIVADO DE LA CAUSAL.**

2.1 Al haberse invocado en la interposición del recurso de casación, la causal 2 del Art. 3 de la Ley de Casación *“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”*, corresponde a este Tribunal su análisis, previo a las demás imputaciones, al tratarse de una causal que incorpora vicios en el procedimiento que afectan la validez de la causa, o producen indefensión, cuya presencia genera la nulidad parcial o total del proceso y su renvío. Análisis que el Tribunal lo efectúa, en el marco de lo que la Constitución de la República, los Tratados y Convenios Internacionales, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Casación, ordenan al respecto.

2.2 La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 75 prevé *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...”* Esta causal se interpone con la acusación de aplicación indebida del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 119, 175 y 242 del Código de Procedimiento Civil, normas procesales, referidos en el orden en que se citan: a la correspondencia de la carga de la prueba; a la imposición al juez de mandar a practicar previa notificación a la parte contraria, todas las

pruebas presentadas o pedidas por las partes; sobre el valor probatorio de las copias o compulsas; y a lo que debe entenderse por inspección judicial. **Vicios que señala la han dejado en la indefensión, en virtud de no haberse ordenado las diligencias probatorias solicitadas.**

2.3. La Sala de Apelación, en providencia de fecha 9 de febrero de 2009, las 8h20, proveyendo al escrito petitorio de diligencias probatorias presentado por la demandada, expresa *“En cuanto a lo solicitado en el numeral 3 parte interesada puede obtenerlo sin la intervención de la Sala (art. 114 del C. de P. Civil)”*, aplicando una norma que no corresponde, pues aquella se limita a establecer a quien incumbe la carga de la prueba, y que se pueden rendir pruebas contra los hechos propuestos por el adversario, la norma no regula que las copias certificadas que obran en Oficinas Administrativas como el Registro Mercantil, se pueden obtener directamente y sin orden judicial. La Sala de Apelación dejó de aplicar la norma contenida en el art. 175 del Código de Procedimiento Civil, que ordena *“Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas”* en relación al 173 ibídem *“Cada interesado puede pedir copia de los documentos originales, o compulsas en el caso y en ..... , observando además lo dispuesto en los artículos 174 y 175 inciso primero”*. La petición de prueba de la demandada, hace referencia a una copia certificada de una actuación administrativa, la efectuada por el Registrador Mercantil al sentar la razón de la inscripción del contrato de compraventa con reserva de dominio, que la demandada no la podía obtener por sí misma para presentarla válidamente como prueba en razón de la disposición legal referida, y al haber sido proveído el escrito que tácitamente la negaba, fuera del término de prueba. La Sala de Apelación no examina la pertinencia de esta prueba, por lo que este Tribunal entiende que aquella era pertinente. Con respecto a la petición de inspección judicial y el nombramiento de un perito para el examen del cheque cuyo pago se ha demandado, la Sala de Apelación ordena *“En cuanto a lo solicitado en el numeral 2 justifique su pretensión, determinando cual la*

*necesidad de dicha diligencia*”, justificación que la demandada no la podía cumplir en espera de resultados positivos, pues el término de prueba a la fecha en que se provee el escrito ya había ocurrido. De lo anotado este Tribunal concluye que efectivamente en el desarrollo del proceso se violó el derecho a la defensa de la demandada al no ordenarse la práctica de pruebas por ella solicitada, las que no fueron negadas como impertinentes al asunto que se litiga, dejándola en estado de indefensión. **DECISION** Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia en atención a lo dispuesto en el artículo 16 inciso segundo de la Ley

de Casación, al aceptar el recurso anula el fallo de segunda instancia y lo actuado a partir de la providencia de fecha 9 de febrero del 2009, las 08h20 a costa del Juez de Sustanciación que la dictó. Repóngase el proceso. En la sustanciación de la causa, se respetarán las garantías del debido proceso determinadas en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Notifíquese y renviése el expediente. Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA PONENTE; Dr. Paúl Iñiguez Ríos, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL. Certifico: Dra. Lucía Toledo Puebla. SECRETARIA RELATORA

### 3.1.11. Juicio N° 1057-2009

**Asunto:** Reivindicación de Inmueble.

**Jueza Ponente:** Dra. María Rosa Merchán

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL y MERCANTIL**

**Quito, 22 de octubre de 2012, las 10h30.**

**VISTOS:** (Juicio N° 1057-2009). **ANTECEDENTES.** En el juicio ordinario que por reivindicación de un inmueble sigue Luis Pacheco Samaniego en contra de Alfonso Galarza Siguenza, el demandado interpone Recurso de Casación, impugnando la sentencia dictada el 14 de octubre de 2009, las 10h19, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, la que al declarar parcialmente con lugar la acción y sin lugar la reconvenición, revoca el fallo dictado por el Juez de primera instancia. El recurrente incluye en el recurso, el auto de fecha 29 de octubre de 2009, las 09h13, en el que la Sala de Apelación niega la aclaración de la sentencia. El recurrente acusa como infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 157, 180, 181, 734, 737, 740, 741, 753, 933, 937, 599, 2393, 2410 y 2411 del Código Civil; artículos 115, 116, 216 y 274 del Código de Procedimiento Civil; y, artículos 76.7 literal l) y 82 de la Constitución de la República. Dichas infracciones las fundamenta en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** El recurrente con fundamento en la causal 1 del artículo tres de la Ley de Casación, acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 76.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, afir-

ma que los Jueces no han señalado en la sentencia las normas o principios jurídicos en que fundan dicha resolución, pues en el proceso constan suficientes pruebas para demostrar su derecho como poseedor. Imputando a la misma causal afirma que ha existido errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil ya que “en el caso que nos ocupa,... el bien que se pretende reivindicar según el título...corresponde a la sociedad conyugal, por ende, la demanda debió haber sido presentada por los cónyuges y no solamente por el marido”, manifiesta que por esta misma causa ha existido también falta de aplicación del artículo 157.5 *ibídem*. Acusa además de aplicación indebida de los artículos 180 y 181 del Código Civil, ya que no se discute sobre la administración de los bienes de la sociedad conyugal, sino de los derechos que a cada uno de los cónyuges les asiste para reclamar lo que les pertenece... por manera que si uno de los cónyuges comparece ejercitando la acción de dominio o de reivindicación lo hará por la parte que le corresponde, mas no por la de su cónyuge”. Por lo antes expuesto, afirma que también existe falta de aplicación del artículo 599 *ibídem*. Acusa también de falta de aplicación del artículo 715 del Código Civil, ya que no se ha reconocido su calidad de poseedor de buena fe. De igual manera acusa falta de aplicación del artículo 718 *ibídem*, al desconocerse que la prescripción ha operado por el transcurso

del tiempo como poseedor de buena fe, afirma que esto último ha ocasionado que se infrinja lo dispuesto en los artículos 721 y 722 del Código Civil, lo cual conculca su derecho. Al amparo de la misma causal imputa falta de aplicación de los artículos 2393, 2410 y 2411 del Código Civil, señalando que pese a que han justificado todos los requisitos necesarios para que opere la prescripción a su favor, ésta le ha sido negada. Con fundamento en la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente afirma que en la sentencia objeto del recurso, se ha infringido el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil al no haberse apreciado las pruebas en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, especialmente porque en la sentencia no se expresa la valoración de todas las pruebas. Agrega que ha existido aplicación indebida y errónea interpretación del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, al actuarse pruebas del actor ajenas a la Litis, especialmente la testimonial por tratarse de testigos carentes de idoneidad. Acusa también de falta de aplicación del artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, al no señalarse con claridad los puntos sometidos a la Litis, pues no se mencionan principios jurídicos ni jurisprudenciales. Por último, el casacionista manifiesta que el pedido de aclaración que le fue negado mediante auto dictado el 29 de octubre de 2009, ha violado lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República, pues al no cumplirse con las garantías básicas del debido proceso se le está causando un grave daño. Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168. 6 de la Constitución del Ecuador, normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. JURISDICCION, Y COMPETENCIA**

1.- Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 30 de enero del 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Fun-

ción Judicial, su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

**2. ANALISIS MOTIVADO DE LA CAUSAL.**

2.1 El recurrente al fundamentar la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación que configura los vicios de, *“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.”*, acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 76.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que prescribe: **“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”** Al respecto expresa, que los Jueces no han señalado en la sentencia las normas o principios jurídicos en que fundan dicha resolución, pues en el proceso constan suficientes pruebas para demostrar su derecho como poseedor, lo cual le asiste para demandar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Este Tribunal de Casación considera oportuno hacer las siguientes precisiones: a) la falta de motivación de una resolución judicial, debe sustentarse en el vicio configurado en la primera parte de la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, que sanciona el incumplimiento de los requisitos que debe contener la sentencia; la norma constitucional que garantiza la obligación de motivar las resoluciones, en materia judicial constituye uno de sus requisitos de validez y está reglado en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil. b) Cuando una causal en forma específica se refiere al vicio del que se acusa a la sentencia, ésta es la que debe ser invocada por el recurrente para impugnar la misma, aunque

aquella implique además violación de una norma de derecho de cualquier jerarquía, dado el carácter extraordinario, formal y limitado del recurso de casación. Sin embargo de lo cual por acusarse al fallo de la violación de una garantía básica del debido proceso, este Tribunal procede a su análisis, bajo los siguientes parámetros: De la estructura de la norma constitucional que regula la obligación de motivar, deviene que su control debe hacerse en base a los siguientes lineamientos: el por qué de la resolución, con análisis de los hechos; las normas legales que sustentan el razonamiento y la explicación lógica del nexo entre los hechos y la norma. De la lectura de sentencia que se impugna se observa que en ésta se enuncian las normas en que se funda y se explica la pertinencia de su aplicación a los hechos; así, al fundamentar la improcedencia de la reconvencción señala que ésta no es más que una contrademanda y que aquella debe cumplir con los requisitos previstos en la ley para su procedencia y que el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, faculta a presentar en una misma demanda acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles y que la presentada por el demandado reconviene al actor al mismo tiempo y no en forma alternativa el pago de mejoras más expensas necesarias para la conservación del inmueble y la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio son contrarias e incompatibles. Señala además el Tribunal de Apelación al fundamentar el fallo que para que proceda la acción de prescripción, se debió demandar también a la cónyuge del actor, señalando en forma no acertada que al no hacerlo existe falta de personería pasiva. Del análisis de la resolución, bajo los parámetros previstos en la norma constitucional referida a la motivación, resulta que la sentencia se encuentra motivada, el uso inapropiado de los términos falta de personería pasiva para denominar a la falta de legítimo contradictor en la causa, no produce falta de motivación, si una inadecuada concepción de lo que constituyen la una y la otra deficiencia procesal y sus efectos, razón por la cual este Tribunal de Casación desecha el cargo. 2.2 El casacionista imputando a la misma causal afirma que en la sentencia se incurre en errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, que prescribe: *“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para*

*que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.”*; alegando en el numeral 4.3 del escrito de interposición del recurso “en el caso que nos ocupa,... el bien que se pretende reivindicar según el título...corresponde a la sociedad conyugal, por ende, la demanda debió haber sido presentada por los cónyuges y no solamente por el marido”, manifiesta que por esta misma causa ha existido también falta de aplicación del artículo 157.5 ibídem, **“Art. 157.- El haber de la sociedad conyugal se compone: 5. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.”** Al respecto este Tribunal observa que el actor en el libelo de demanda, comparece manifestando que es propietario de del bien raíz que singulariza, el que lo adquirió mediante escritura pública celebrada el 17 de agosto del año 2000, inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Morona, con el número 47, Repertorio 1006, de la misma fecha; precisa que es de estado civil casado, sin embargo su comparecencia la hace en forma personal, sin aclarar que el inmueble pertenece a la sociedad conyugal y menos señalar que su intervención en el proceso la hace en calidad de administrador ordinario de la misma como entiende la Sala de Apelación. En el escrito agregado a fs. 31 del cuaderno de primera instancia, el actor señala que su cónyuge que en vida respondía a los nombres de María Vélez Peñalosa, falleció y que “en vista de que la presente acción la dirigí como administrador ordinario de la sociedad conyugal” con fundamento en lo previsto en el Art. 87 del Código de Procedimiento Civil, pedía “citar con la demanda” a los herederos de la extinta. A fs. 32 vuelta de los autos, el juez en providencia emitida el 19 de septiembre de 2005, las 09h20, inadmite la petición fundamentándose en que la fallecida no es parte procesal; en la misma providencia califica la reconvencción. Con los antecedentes anotados la Sala de Apelación, revocando la sentencia venida en grado, resuelve declarar con lugar la acción reivindicatoria, por considerar que el actor ha cumplido con justificar los tres requisitos fundamentales para la procedencia de la acción de dominio previstos en el artículo 933 del Código Civil. Argumenta la Sala que en virtud de la presunción legal contenida en el Art. 180 del Código Civil la administración ordinaria de la sociedad conyugal, en esta causa la tiene el marido y que a ello se suma lo prescrito en el Art. 181

ibídem *“El cónyuge a cuyo cargo se halla la administración de los bienes sociales necesitará de la administración expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles...”* Agrega la Sala de Apelación *“la acción reivindicatoria efectivamente no constituye un acto de disposición, constitución de gravámenes o limitación de dominio, de ahí que, aunque no haya dicho el actor que comparece con su demanda como administrador ordinario de la sociedad conyugal ello de ningún modo implica falta de personería de su parte”* (sic); este Tribunal considera que efectivamente no existe en el proceso falta de personería activa ni pasiva, aquella presupone que quien comparece a juicio alegando representación legal de un tercero, no la tiene (persona natural o jurídica inmersa en uno de los casos previstos en los artículos 33 del Código de Procedimiento Civil, y 1463 del Código Civil,). El actor en la demanda no alega ser representante de un tercero incapaz, ni aún administrador de la sociedad conyugal. En su argumentación, para negar la reconvencción de prescripción adquisitiva de dominio la Sala de Apelación, concluye afirmando *“Como si lo dicho fuera poco, para que proceda la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio el demandado debió dirigir su demanda incluso en contra de la cónyuge del demandado reconvenir con dicha prescripción porque en dicho caso si existiría falta de personería pasiva”* (sic). De la conclusión a la que llega la Sala de Apelación, se observa, que el fallo de segunda instancia, deja sentado que el marido por presunción legal administrador ordinario de la sociedad conyugal, puede comparecer a juicio proponiendo acciones reivindicatorias de bienes cuya titularidad le corresponde en común con su cónyuge, pero que propuesta una reconvencción en los mismos términos y sobre el mismo bien inmueble, en el mismo proceso, hay en él, falta de personería pasiva. Ciertamente que en el libelo de demanda, el actor, precisa que es de estado civil casado, y que adquirido el inmueble en ese estado civil, al no haberse justificado subrogación a un bien patrimonial del cónyuge, disolución anterior de la sociedad conyugal, o modificación de la misma por capitulaciones matrimoniales, éste entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal, en virtud de la disposición contenida en el artículo 157.5 del Código Civil, y del título escri-

turario que se acompaña a la demanda, sociedad conyugal que al momento de la compraventa la tenían formada el demandante Luis Aurelio Pacheco Samaniego y su ahora fallecida cónyuge María Manuela del Tránsito Vélez Peñaloza, cuyo nombre recién queda establecido en el proceso luego de su fallecimiento. El artículo 182 del Código Civil, prescribe **“El marido y la mujer son respecto de terceros, dueños de los bienes sociales;...”** El artículo 933 del cuerpo legal antes citado, al definir la acción reivindicatoria, determina los elementos que la configuran así *“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenando a restituírsela”* en estrecha relación, el artículo 937 ibídem prescribe que *“La acción reivindicatoria o de dominio **corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”***. El tenor literal del artículo 182 del Código Civil, dispone que con respecto a terceros (todos a excepción de los propios cónyuges) el marido y la mujer, los dos, son dueños de los bienes sociales; el tenor literal de los artículos 933 y 937 ibídem determina que la acción reivindicatoria corresponde a quien tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; en consecuencia la acción reivindicatoria de un bien que forma parte del haber de la sociedad conyugal, dirigida contra un tercero (el posesionario) corresponde a sus dueños el marido y la mujer, no al administrador ordinario de la sociedad conyugal, quien con respecto al posesionario (un tercero) no es el dueño de los bienes sociales, su comparecencia a juicio, sin el otro dueño provoca falta de legítimo contradictor, de la misma forma en la que hay falta de legítimo contradictor en la parte demandada en una acción de prescripción adquisitiva de dominio de un bien que forma parte del haber de la sociedad conyugal, cuyo dominio corresponde al marido y a la mujer y no se ha llamado a juicio a uno de los dos, sino al administrador de la sociedad conyugal. La legitimación en causa presupone que quien incoa una acción sea el titular del derecho sometido a la resolución jurisdiccional y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En la acción reivindicatoria, la legitimación en la causa consiste, respecto de la parte demandante, conforme a lo dispuesto en los artículos 933 y

937 del Código Civil, que en ésta radique la titularidad del dominio, solo ello les da la aptitud para que, por sentencia de fondo o de mérito, se resuelva si existe o no el derecho subjetivo pretendido; y con respecto a la parte demandada que ésta sea la posesionaria, única con aptitud para contradecir el derecho reclamado y ser compelido a restituir el bien según lo pretendido en la demanda. Así, en un proceso concreto la legitimación en la causa corresponde a la persona que en la demanda invoca, en su favor, la existencia de un derecho sustancial, respecto del cual es posible pretender la actuación del derecho en ese caso específico. En ese contexto, la decisión sobre la existencia del derecho o de la relación jurídica sustancial discutida tiene lugar, cuando en el proceso concreto se emita la sentencia respectiva.

2.3 La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en diferentes fallos, en el mismo sentido, así en el 79-2003, publicado en el R.O N° 87 del 22 de mayo del 2003, en el que se deja sentado que *“...El legítimo contradictor hay que buscarlo dentro de la relación jurídica material o sustancial que en la demanda se pretende declararla, modificarla o extinguirla. La relación jurídica material o sustancial es, pues, la que obliga la concurrencia al proceso de un determinado número de personas, todas ellas interesadas en esa relación, para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de fondo o mérito. La exigencia de que sea necesaria la concurrencia de todas estas personas interesadas en una relación jurídica procesal se debe a que tales personas pueden resultar perjudicadas, porque a todas ellas puede obligar la sentencia y alcanzarles los efectos de la cosa juzgada. Si no están todas presentes se infringe el principio jurídico natural del proceso de que “nadie puede ser condenado y vencido en juicio sin ser oído”, principio que está elevado a precepto constitucional en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador”*.

2.4 Hernando Devis Echandía, en su obra *Teoría General del Proceso* 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004 Pag. 259, nos ilustra al respecto señalando *“...no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero*

*en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.”* La falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda e impide dictar una sentencia de fondo.

2.5 En el caso en análisis, a la fecha de presentación de la acción reivindicatoria, el actor y su cónyuge María Manuela del Tránsito Vélez Peñoloza, según escritura pública otorgada el 17 de agosto del año 2000, e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Morona, con el número 47, Repertorio 1006 en la misma fecha, eran los titulares del dominio con respecto a terceros. Al no incluirse entre las facultades que la ley confiere al administrador ordinario de la sociedad conyugal, su representación legal, este Tribunal considera que en la estructuración de la parte actora hay falta de legítimo contradictor, lo que impedía la Sala hacer un pronunciamiento de fondo. Este Tribunal, sostiene que en los procesos judiciales en los que se discuten derechos y obligaciones de la sociedad conyugal, con respecto a terceros, deben comparecer a juicio marido y mujer, su no comparecencia conjunta produce falta de legítimo contradictor y viola las garantías constitucionales referidas a la igualdad de los cónyuges consagradas en los artículos 67 inciso final *“El matrimonio es la unión entre hombre y mujer se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal”* y 69.3 *“El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes”*.

DECISION. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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”** CASA la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, al dictar sentencia, luego de declarar la validez procesal, declara sin lugar la demanda y sin lugar la reconvencción por falta de legítimo contradictor al no haberse integrado en forma debida la parte actora con respecto a la acción reivindicatoria y la parte demandada con respecto a la reconvencción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, formuladas en el proceso incoado por Luis Aurelio Pacheco

Samaniego en contra de Alfonso Galarza Sigüenza. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia. Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA PONENTE; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (V.S.) Dr. Paul Iñiguez Río, JUEZ NACIONAL. Certifico: Dra. Lucía Toledo Puebla SECRETARIA RELATORA.

**VOTO SALVADO:** Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo  
**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-** Quito, 22 de octubre de 2012, las. **VISTOS:** Disiento de la mayoría y salvo mi voto, en cuanto no considero que existe falta de legítimo contradictor en el presente caso, cuando en la acción reivindicatoria de bienes de la sociedad conyugal concurre como actor únicamente el marido, o quien convencionalmente tenga la administración de la sociedad conyugal en cumplimiento del Art. 180 del Código Civil.- **1.-** Para este punto, el primer tema a considerar es si la reivindicación supone un acto de disposición de los bienes de la sociedad conyugal al tenor del Art. 181 del Código Civil, que exige la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación o constitución de gravámenes de los bienes inmuebles de la sociedad conyugal, que provocaría la nulidad relativa del acto o contrato cuando aquello no ocurra. Considero que la reivindicación se refiere a una acción judicial que se dirige contra quien perturba el derecho real de dominio. *Como la propiedad o dominio es el derecho real por excelencia, del cual, en cierto modo derivan los demás, la reivindicación se plantea fundamentalmente como una defensa de la propiedad.* (Juan Larrea Holguín, Defensa Jurídica de la Propiedad, Edino, Guayaquil, 1996, p. 16), en tal sentido se constituye como un acto de administración tendiente a precautelar los bienes conyugales, no tratándose de un acto de disposición o gravamen. **2.-** Por tanto no se requeriría la comparecencia del otro cónyuge que no tenga la administración de la sociedad conyugal, para que se ejercite la acción reivindicatoria de forma efectiva; pues más bien exigir aquello podría dejar en peligro los bienes conyugales al no ejercerse de manera oportuna las acciones contempladas en la ley para recuperar la posesión e incluso, eventualmente, perderse el derecho de propiedad por efectos de la prescripción.- **3.-** La doctrina y la jurisprudencia concuerdan sobre este punto en forma expresa: **En el caso que el bien que se pretende reivindicar perte-**

**nezca a la sociedad conyugal, siendo un acto de administración plantear la acción reivindicatoria, basta que el actor sea el marido como administrador ordinario de dicha sociedad.** (Genaro Eguiguren, Derecho de Propiedad en el Ecuador, CEN, Quito, 2008). Esta afirmación la hace el autor citado basado en la sentencia que cita en su obra: *“...Es muy claro que una demanda reivindicatoria es un acto de administración ordinaria porque busca conservar los bienes administrados, interrumpiendo la prescripción que determinaría el que se salga de dicho patrimonio, el bien poseído por otro. Por ello para ejercer eficazmente la acción de reivindicación de un bien que pertenece al haber de la sociedad conyugal basta la comparecencia del marido, quien conforme al Art. 180 del Código Civil es, salvo disposición expresa en contrario, el administrado ordinario de esa sociedad de bienes...”* (Resolución N° 484. Juicio N° 159-97.- 1era. Sala de lo Civil y Comercial).- **4.-** En otro fallo se reconoce también este mismo derecho: *Es cierto que los actores, podrían demandar conjuntamente a ambos cónyuges, pero esto no es indispensable y bien puede el marido, como administrador ordinario de la sociedad conyugal repeler la acción y proteger el estado posesorio suyo y de su cónyuge. Igual criterio se halla recogido en el fallo dictado por esta misma Sala dentro del Juicio N° 157-97,* (Resolución N° 484-99 y publicada en el Registro Oficial N° 333 de 7 de diciembre de 1999). *Por lo expuesto, al no ser necesaria la comparecencia de la cónyuge no existe en el caso sub judice falta de legítimo contradictor y consecuentemente, tampoco violación del artículo 959 del Código Civil.”* (POR REIVINDICACION. Expediente 139, Registro Oficial 65, 26 de abril del 2000).- **5.-** Se reitera este criterio en otra sentencia: **Por ello, para ejercer eficazmente la acción reivindicatoria de un bien que pertenece al haber de la sociedad conyugal basta la comparecencia del marido, y no es necesario que haya constancia expresa de que lo hace a nombre de la sociedad conyugal, porque la ley así lo presume.** *El criterio del Tribunal de instancia de que el actor no compareció a nombre de la sociedad conyugal ni de su esposa porque lo hizo por sus propios derechos, cuando en la misma demanda consta que es casado y que el bien en litigio es de la sociedad conyugal, es una interpretación literal del texto de la demanda y por lo mismo no puede pretenderse que esta causa*

vuelva a iniciarse, accionándose innecesariamente al aparato judicial cuando es clara la comparecencia de la parte actora. Por lo expuesto, el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación errónea de los artículos 180 y 181 del Código Civil, y por tanto este Tribunal de Casación, sin necesidad de hacer ninguna otra consideración, debe casar la sentencia,... (Expediente 508, Registro Oficial 284, 14 de Marzo del 2001) (Lo resaltado me pertenece).- **6.-** En las acciones posesorias se reconoce este mismo derecho: *De lo anterior se concluye que el cónyuge que propone una acción posesoria de obra nueva por un bien inmueble que está en posesión de la sociedad conyugal, realiza un acto de administración ordinaria, pues está ejecutando un acto de conservación, al impedir que se levante una construcción ajena en el suelo de que está en posesión dicha sociedad. Igualmente, realizará un acto de administración ordinaria al proponer cualquier demanda encaminada a la conservación de los bienes sociales, como ya lo expresó anteriormente esta Sala en resolución N° 687-97, dictada el 14 de noviembre de 1997, dentro del juicio reivindicatorio N° 74-95 seguido por Julio Jaramillo contra Manuel Chipantasi.* (Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. N° 1. Pág. 63).- **7.-** Considero que contrariamente, exigir siempre la concurrencia conjunta para interponer acciones de defensa de los derechos reales de los bienes de la sociedad conyugal, podría afectar los

derechos de igualdad que garantiza la Constitución de la República pues, por ejemplo, en caso de que la cónyuge a quien convencionalmente se le ha entregado la administración de la sociedad conyugal no podría ejercer esa atribución en forma plena, necesitando siempre la autorización del marido, retrocediendo en décadas en lo legítimos derechos adquiridos en pos de la igualdad de los cónyuges; porque en definitiva lo que está claro es que las acciones judiciales en defensa de tales derechos reales, aunque sean realizados por el administrador/a de la sociedad conyugal, evidentemente siempre beneficiarán a ambos.- **8.-** Es necesario aclarar que este criterio no implica aceptar que en los juicios reivindicatorios, en el caso de que exista reconvencción solicitando la prescripción adquisitiva de dominio, no se deba demandar a todos los propietarios (esto es necesariamente a los dos cónyuges en caso de bienes de la sociedad conyugal), pues de no proceder así, entonces sí se produciría la falta de legitimo contradictor, pero este es un caso diferente al que en lo principal aquí nos ocupa de acción reivindicatoria.- **9.-** Por todo lo anterior, es mi criterio que la sentencia dictada el 14 de octubre de 2009, 10h19, por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, no debe ser casada.- Notifíquese y publíquese.- Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Paúl Iñiguez Ríos, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (V.S.)

## 3.2. Sala Especializada de lo Penal

### 3.2.1. Juicio Nº 489-2011

**Asunto:** Producción, comercialización y distribución de imágenes pornográficas.

**Jueza Ponente:** Dra. Gladys Terán Sierra

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-** Quito, 06 agosto del 2012; a las 08h10. **VISTOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los arts. 184.1, de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial, este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”*. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que, por sorteo le corresponde a la Dra. Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente; y, a los Doctores Johnny Ayuardo Salcedo y Merck Benavides Benalcázar, como jueces integrantes de este Tribunal de la Sala de lo Penal. Jaime Rogelio Cedillo Loja, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que declaró su culpabilidad y le ha impuesto la pena privativa de libertad, modificada de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, como autor del delito, tipificado en el Capítulo de los Delitos de Explotación

Sexual, artículo 528.7, del Código Penal, y sancionado en el inciso cuarto, ibídem. Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **1. COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los arts. 184.1, y 76.7.k), de la Constitución de la República, arts. 184, y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en este caso el artículo 349, Código de Procedimiento Penal. El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los Arts. 352, y 354, Código de Procedimiento Penal, asimismo se ha aplicado lo que dispone el art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador. **2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACION PROCESAL 2.1** Mediante parte policial suscrito por el policía Walter Verdezoto, se ha conocido que, el día 6 de junio del 2009, en las oficinas de la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN), se han recibido llamadas telefónicas anónimas, indicando que en un local de venta de CDs, ubicado en la ciudad de Cuenca, calle Gran Colombia N3-39 y Tomás Ordoñez, se ha sabido expendir videos con imágenes pornográficas, por lo que miembros policiales el día 8 de junio del 2009, a las 12h45, se han trasladado a este local comercial, y han encontrado que existía una caja de Cds, con imágenes de pornografía infantil, procediéndose a la aprehensión del propietario, el ciudadano JAIME ROGELIO CEDILLO LOJA, quien ante estos hechos ha manifestado, haber comprado la caja de películas donde se han encontrados los Cds con pornografía, por la insistencia del vendedor, sin

haber revisado antes, ni tener conocimiento del contenido de dichos videos. Concluida la instrucción fiscal, la señora Jueza Tercera de Garantías Penales de Cuenca, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Jaime Cedillo Loja, por el delito de explotación sexual, contenido en el artículo innumerado, constante en el capítulo "De los Delitos de Explotación Sexual". El Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, que con fecha 27 de octubre del 2009, ratificó el estado de inocencia del procesado; sentencia de la que se ha interpuesto recurso de nulidad, el mismo que ha sido aceptado por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, declarando la nulidad de la audiencia de juicio oral, por considerar que se han violentado, los derechos constitucionales contemplados en el artículo 76.1.7, de la Constitución de la República y los artículos 286.6, y 330.3, del Código de Procedimiento Penal. Sorteada la causa, ha correspondido su conocimiento al Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, que luego de realizar la respectiva audiencia de juzgamiento, y en base a las pruebas practicadas, ha ratificado el estado de inocencia de Jaime Rogelio Cedillo Loja, por no haberse comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción, ni la responsabilidad del acusado. Apelada la sentencia por la Fiscalía, la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fecha 30 de mayo del 2011, valora como prueba:

- 1) El testimonio del policía Walter Verdesoto Núñez, quien ha manifestado que: al acudir al local de venta de Cds, ubicado en la ciudad de Cuenca, calle Gran Colombia N3-39 y Tomás Ordoñez, ha tomado contacto con el dueño del sitio (Jaime Cedillo Loja), solicitándole la venta de videos de pornografía de adultos, a lo que el hoy sentenciado le ha permitido revisar algunos videos, que han estado en exhibición, donde se ha encontrado un Cd con el nombre "Las Chimbolitas", momento en el cual al identificar que se trataba de pornografía infantil, ha procedido a la detención del dueño del local, y a la incautación de estos videos;
- 2) Los testimonios de los peritos de audio y video, que establecieron que los videos contenían escenas de actos sexuales con menores de edad de 4 a 6 años; y de 13 a 17 años;
- 3) Testimonio del acusado, Jaime Cedillo Loja, quien ha manifestado haber comprado una

caja de videos, a una persona que le ha insistido; y, que si ha vendido algunos de estos Cds, pero que no ha tenido conocimiento alguno de su contenido, en base a estos medios probatorios ha resuelto que la prueba practicada ante el a quo, es conducente y concordante con la imputación hecha por la Fiscalía, conforme al delito tipificado en el artículo 528.7, del Código Penal; que al aplicar las reglas de la sana crítica, en base a las pruebas presentadas, ha logrado establecer la realidad histórica de los hechos, por lo que resuelve revocar la sentencia recurrida, y declarar a Jaime Rogelio Cedillo Loja, responsable del delito tipificado en el inciso primero del artículo 528.7, del Código Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad, modificada, de ocho años de reclusión mayor ordinaria. Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

**3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- 3.1 DEL RECURRENTE JAIME ROGELIO CEDILLO LOJA:** En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, por medio de su abogado defensor Dr. Jorge Guerra, manifestó que:

- 3.1.1 Fundamentado su recurso en base al artículo 439, del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia recurrida, ha violado la ley, en lo referente al artículo 5, del Código de Procedimiento Penal, que señala que ninguna persona podrá ser juzgado ni sentenciado dos veces por el mismo hecho; que en este caso, su defendido ha sido absuelto dos veces por el mismo delito, y que en la tercera ocasión, se ha iniciado un juicio por el delito de pornografía infantil.
- 3.1.2 Señala, que en contra de su defendido, se ha iniciado un proceso por el delito pornografía infantil, que por esta causa ha estado detenido, logrando recuperar su libertad al obtener sentencia absolutoria; que nuevamente ha sido detenido por la misma circunstancia, obteniendo otra vez a su favor, sentencia absolutoria, a lo que la Fiscalía ha interpuesto recurso de apelación y en la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito, ha revocado la sentencia recurrida y le ha condenado a la pena privativa de la libertad de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por el delito de explotación sexual.
- 3.1.3 Afirma que juzgar a una persona por el mismo delito por explotación sexual y por pornografía infantil, era lo mismo, que en el presente caso, en la sentencia recurrida están mezclados estos dos delitos.
- 3.1.4 Manifestó que la sentencia

dictada por la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, ha violentado el artículo 76, de la Constitución de la República, que establece que ninguna persona podrá ser penada por la misma circunstancia dos veces, como es en este caso, por lo que solicitaba se acepte la casación, y se declare sin valor jurídico la sentencia dictada por el juez a quem. **3.2 DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO:** El Dr. Arturo Donoso Castello, delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación señala que: 3.2.1 En la fundamentación del recurso de casación, el recurrente tiene que puntualizar cuál es la violación de derecho de la sentencia, en el Código de Procedimiento Penal, se establecen las causales del artículo 349, que dan lugar a la casación, esto es por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la norma y puntualizar cuál de estas violaciones en derecho se produjeron. 3.2.2 El recurrente, no ha puntualizado si se trata de uno de los tres eventos del artículo 349, del Código de Procedimiento Penal, si hay una contravención expresa debe demostrarla en relación con la norma, si se trata de una indebida aplicación, hay que decir en dónde está la indebida aplicación, y si existe una errónea interpretación, hay que demostrarlo en su situación real y concreta, en el presente caso la Fiscalía hace notar que, no existe constancia procesal de que se trate de dos procesos iniciados o sentenciados, por los mismos hechos, porque el non bis in ídem constitucional y legal supone que haya dos sentencias o dos procesos por los mismos hechos; sin embargo no es un tema que pueda revisarse al momento de la casación, sino que es motivo de la revisión penal, para ver cual de las dos sentencias prevalecen. 3.2.3 La Fiscalía considera puntualizar: 1. La sentencia del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay de febrero 25 del 2011, se refiere a la tipificación del art. 528.7, del Código Penal, que tiene que ver con la producción, publicación, o comercialización de imágenes pornográficas y que es más grave si se trata de menores de edad; y, la sentencia de la Corte Provincial del Azuay, que es la que revoca la del tribunal y es la examinada por el recurso de casación, revoca la sentencia del pri-

mer nivel, y dicta sentencia condenatoria en contra del recurrente, refiriéndose al artículo 528.7, *ibídem*, analizando en la sentencia el uso de material pornográfico, adquirido y puesto a la venta por el hoy recurrente, que los tenía en su local comercial. 3.2.4 Hay que resolver de acuerdo a lo que consta en la sentencia, los elementos de ésta, son los que eventualmente dan lugar a la casación establecida en la norma y aún la casación oficiosa, en este caso la sentencia nos dice con toda precisión cuáles son los hechos, que fueron valorados por la Corte Provincial, para llegar a dictar una sentencia condenatoria revocando la de primer nivel. 3.2.5 Por no estar el recurso de casación debidamente fundamentado solicita se lo declare improcedente. **4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL. 4.1. Del recurso de casación:** Los jueces, al ejercer la facultad jurisdiccional, potestad que le otorga el Estado, se encuentran sometidos al imperio de la ley, y por tanto sus resoluciones deben sustentarse en la aplicación verdadera y auténtica de la norma; por ser ésta, una actividad humana y ser factible de errores, se ha implementado los recursos como mecanismos de control de legalidad. Al emitir una resolución el juzgador, debe realizar una constatación de los hechos en litigio, calificar las normas jurídicas y hacer una deducción de las consecuencias legales de tales hechos, sumado a esto, debe guiar su actuación dentro de las normas procesales que consagran las garantías del juzgamiento; en caso de que el juez yerre en su aplicación, existe la posibilidad de interponer el recurso de casación como un control a la legalidad de la actividad jurisdiccional.<sup>115</sup> Benjamin Iragorri, al definir a la casación señala: “(...) *debe entenderse como un juicio técnico de impugnación, valorativo, preciso, en orden a examinar una sentencia dictada por Tribunal Superior de Distrito Judicial, por vicios referidos, ora al juzgamiento, ora al procedimiento; vale decir, violación a la ley penal sustantiva, violación de la ley procesal (...)*”<sup>116</sup> Es así, que podemos definir al recurso de casación como un juicio técnico jurídico que se hace a la sentencia del juez ad quem, siendo por tanto, de carácter extraordinario por esto está limitado únicamente a tratar falencias en la legalidad de la

<sup>115</sup> Cfr. Murcia Ballén Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá Colombia. 1996. Pags. 25-29

<sup>116</sup> Iragorri Diez, Benjamin. *La Casación Penal en Colombia*. Vitoria Universidad del Cauca. Popayan. 1972. Pág. 17.

sentencia (*errores in iudicando*) o en el proceso (*errores in procedendo*) y excepcionalmente sobre la prueba que sustentó la sentencia (*errores in cogitando*), los que son taxativamente establecidos, sin convertirse en ningún caso, en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba subsumida a los hechos ya juzgados por el a quo o ad quem; en este recurso se realiza una confrontación de la sentencia con la ley, a fin de establecer si ésta se encuadra de acuerdo a la norma y generando así seguridad jurídica, como una garantía del debido proceso. **4.2 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocados por el recurrente.** 4.2.1 El artículo 76.7.i) de la Constitución de la República señala, “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...” El artículo 5, del Código de Procedimiento Penal, establece: “Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez por el mismo hecho”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo que 14.7, dice que: “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”<sup>117</sup> Por su parte el artículo 8.4, de la Convención Americana de Derechos Humanos dice que: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” De las normas constitucionales, legales y convencionales mencionadas, podemos establecer que una de las garantías judiciales consagradas en el debido proceso, es el derecho a no ser enjuiciado o procesado dos veces por el mismo hecho, ni de recibir dos veces sanción por un mismo acto. El principio del “non bis in ídem”, busca evitar una duplicidad de sanciones sobre un procesado, relativas a un mismo hecho, que cumplan con identidad subjetiva y objetiva, estableciéndose de esta manera que exista un único proceso. En este caso el señor Jaime Rogelio Cedillo Loja, fue procesado por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, por el delito tipificado y sancionado en el artículo 528.7, del Código Penal, que ratificó su estado de inocencia, sentencia que fue apelada por la Fiscalía, y la Segunda Sala de lo Penal

y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, ha revocado esta resolución, condenando al recurrente por el delito acusado inicialmente; actos jurisdiccionales que se han ejecutado en un solo proceso, conforme a lo establecido en la norma procesal penal vigente, sin que se pueda observar prueba alguna por este juzgador, que evidencie la existencia de dos procesos, que hayan generado en el recurrente una violación de derechos y menos que haya sido juzgado o sentenciado dos veces por una misma causa, como lo ha manifestado en su alocución el abogado defensor. 4.2.2 El recurrente se fundamenta en que ha recibido dos sentencias ratificadoras de inocencia por la misma causa, y que posterior a esto el ad quem las ha revocado, condenándole por el mismo delito del que ya fue absuelto; frente a estas aseveraciones es importante aclarar, que dentro de la presente causa, el Tribunal Primero Garantías Penales del Azuay, realizó una audiencia oral de juzgamiento en la cual se ratificó la presunción de inocencia del señor Jaime Rogelio Cedillo Loja, diligencia procesal que fue declarada nula por la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por lo que se invalidó todo lo actuado por el juzgador, generando el “efecto extensivo de la nulidad”<sup>118</sup>, que implica que todos los actos posteriores a esta declaración deben ser invalidados y volver a su estado anterior; por tanto se resorteo el conocimiento de la presente causa, al Tribunal Segundo de Garantías Penales, que dictó sentencia absolutoria; siendo esta la única sentencia de tribunal válida en el proceso, la misma que fue apelada por la Fiscalía y generó la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay, que revocó la sentencia subida en grado y declaró la culpabilidad del sentenciado, que es hoy recurrida ante este Tribunal de la Sala Penal, por lo que procesalmente no se puede señalar que el recurrente haya sido juzgado por dos ocasiones por la misma causa, con identidad objetiva y subjetiva; descartándose, por tanto la alegación que haya sido “juzgado dos veces por el mismo hecho”. 4.2.3 En lo relativo al tipo penal establecido, es importante considerar que el delito por el cual ha sido sancionado esta tipificado en el artículo 528.7, del Código Penal que señala: “*Quien producir,*

<sup>117</sup> Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

<sup>118</sup> Davis Echandía Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis. Segunda Edición 2009. Pag. 847.

*publicare o commercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizzare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.*" Las acciones propiamente típicas dentro de esta conducta punible son **producir, publicar y comercializar material pornográfico** en que participen los menores de dieciocho años, agravando la pena, de acuerdo a la edad de la víctima; al hacer un ejercicio de subsunción de los hechos, a la norma vulnerada por el recurrente, se establece que: las películas con material pornográfico, fueron encontradas en el local comercial de venta de Cds, de propiedad de Jaime Rogelio Cedillo Loja, quien claramente ha manifestado ejercer el comercio como su profesión habitual, por lo que de conformidad al artículo 2 y 3, del Código de Comercio, se le considera un comerciante; y por tanto, al ser su actividad socioeconómica el intercambio de bienes libres en el mercado, sería absurdo para este juzgador, aplicando la sana crítica, considerar que los Cds, que tenía en el local comercial de su propiedad no tenían como finalidad ser comercializados y distribuidos, dentro del común giro del negocio, más aún si la actividad comercial que se desarrollaba en este establecimiento, era la venta de Cds. de audio y vídeo de diferentes géneros, entre ellos de tipo pornográfico, conforme así se presentó con el agente de la Policía que procedió a su detención, al advertir que le estaba ofreciendo en venta pornografía infantil. El desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación, han generado no solo el progreso de la sociedad, sino lamentablemente el avance de una criminalidad organizada, que utilizando los sistemas tecnológicos que brinda la globalización, crearon industrias de explotación sexual, una de estas es "la pornografía infantil", que involucra toda representación visual y real de niños y niñas, realizando actividades explícitamente sexuales, vulnerando derechos como la

dignidad, igualdad, autonomía, bienestar integral físico y psíquico, a fin de obtener una gratificación sexual, ganancia financiera o un logro individual. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía<sup>119</sup> define a la Pornografía como: "Art. 2.c),(...) *toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genital de un niño con fines primordialmente sexuales.*" La Convención sobre la Utilización de Niños en la Pornografía<sup>120</sup>, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución de 25 de mayo de 2000 señala: "Art. 2.- A los efectos del presente Protocolo: (...) c) *Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.*" La Convención sobre los Derechos del Niño señala: "Art. 1.- *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*" "Art. 34.- *Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*" El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía señala: "Artículo 3.1. *Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su*

<sup>119</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. R.O. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

<sup>120</sup> La Convención sobre la Utilización de Niños en la Pornografía. R.O. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:(...) c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.” 2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos. 1. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.” El Estado Ecuatoriano en su normativa legal, adoptando su derecho interno a los convenios internacionales suscritos y ratificados, ha considerado a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, buscando de esta manera precautelarse de una manera más efectiva sus derechos y evitar actos que atenten o impidan a su normal desarrollo, y primordialmente en el 2005 tipificó como delito, entre otros, a la explotación sexual, y dentro de esta a la pornografía en la que participan de cualquier forma personas menores de 18 años. Constitución de la República del Ecuador: “Art. 44.- 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.(...)” “Art. 45.- (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; (...)” “ Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes (...) 1. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier

otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.” Código de la Niñez y Adolescencia. “Art. 67. Concepto de maltrato. Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad. Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado (...) Además se establece como finalidad el lograr su desarrollo integral, para lo cual se compromete a respetar y garantizar el libre ejercicio de sus derechos dentro de un marco de dignidad, libertad y equidad, anteponiendo siempre sobre cualquier principio el interés superior del niño frente a otros; esta protección integral que otorga el Estado, a los niños, niñas y adolescentes, busca por una parte, el goce de una manera efectiva de los derechos humanos de supervivencia, desarrollo y participación; y por otra parte el evitar violaciones que afecten a su desarrollo físico y psicológico. Uno de los principios básicos en la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, que atañe a los administradores de justicia, es la efectividad y prioridad absoluta, que implica una disposición imperativa, para los Estados de la adopción de medidas de cualquier índole, para garantizar la protección de los derechos e imponer que su atención sea con el máximo de los recursos, en caso de existir víctimas de violaciones o negaciones de derechos; y, en la aplicación de castigos a quienes promuevan estos actos. A fin de ejercer esta protección el Estado, utiliza al derecho penal “como un conjunto normativo que

permite un sistema social de convivencia”<sup>121</sup>, dándole a la norma penal una función protectora, de los presupuestos que requiere el ser humano para su normal desarrollo tanto personal como dentro de una sociedad, estos requerimientos se denominan bienes jurídicos. En el tipo penal acusado, la función protectora de la norma es más amplia, por tratarse de un grupo de atención prioritaria y de un alto nivel de vulnerabilidad, como son los niños, niñas y adolescentes; en los delitos de explotación sexual (pornografía), no se puede hablar solamente de la libertad sexual como bien jurídico protegido, dada la edad de las víctimas, que no tienen la condición de prestar válidamente su consentimiento ni de decidir sobre su libertad sexual, por lo que el Estado precautela en este caso, la indemnidad o intangibilidad sexual de los niños, niñas y adolescentes, buscándose dar seguridad y protección al libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas de terceros, por cuanto se considera que carecen de autonomía para determinar ciertas conductas o comportamientos sexuales. Se busca así mismo, el respeto a la dignidad humana, como un derecho inmanente del ser humano, intangible, que le permite a la persona manifestarse de una manera autónoma, libre e independiente, con la posibilidad de exigir respeto por parte de la sociedad frente a sus actos, que va de la mano con la protección a la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes, evitando todo acto de violencia, maltrato o explotación, que altere la salud física, la perturbación emocional o psicológica que afectan a la autoestima y al desarrollo integral del ofendido. Este Tribunal, considera que una resolución dentro de un proceso judicial se debe fundamentar en dos elementos bases: la coherencia, que es la lógica interna del discurso, juicios que sirven para la construcción lógica del razonamiento; y, la congruencia, que es la relación entre la decisión y la realidad procesal; por lo que en base a ello se resuelve que la *quaestio facti* planteada por la Fiscalía es conducente, clara e inequívoca sobre la actividad que realizaba el hoy recurrente, quien efectivamente tenía en su local comercial de películas, Cds con imágenes pornográficas de personas menores de 18 años, y que las comercializaba, considerando que el co-

mercio de fotografías y películas, que representan actividades sexuales explícitas realizadas por niños, niñas y adolescentes, está intrínsecamente relacionada con el abuso y explotación sexual. Por tanto, al existir el interés del Estado por proteger la indemnidad y libertad sexual, el derecho a la integridad y el desarrollo integral, a la dignidad de este grupo de atención prioritaria, se determina que la conducta atribuida al recurrente se encuentra adecuada a la tipificación establecida artículo 528.7, del Código Penal; y, al tener los jueces la potestad que nos da el Estado para garantizar el orden jurídico establecido en búsqueda de una coexistencia social que garantiza y precautela el efectivo goce de los derechos, ratifica la sentencia recurrida, en cuanto al tipo penal atribuido. En lo relativo a la pena privativa de libertad, aplicada por el ad quem, este Tribunal, a fin de garantizar la seguridad jurídica, casa de oficio la sentencia, por cuanto en el segundo artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 29, del Código Penal, se establece claramente que en delitos sexuales solo existen dos circunstancias atenuantes aplicables: la presentación voluntaria a la justicia y la colaboración eficaz en la investigación; hechos que en el presente proceso penal no se han justificado para poder ser aplicados por el juzgador; y, modificar la pena, por tanto el tribunal ad-quem no debió imponer la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria, sino una pena de 16 años de reclusión mayor extraordinaria, de conformidad con el artículo 15, del Código de Procedimiento Penal, que claramente señala que en materia penal se aplicará la interpretación restrictiva, se rectifica la sentencia recurrida en relación a la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, imponiéndole la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial; sin embargo, al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, dando cumplimiento a las garantías del debido proceso al artículo 77.14, de la Constitución de la República, y al artículo 328, del Código de Procedimiento Penal, que establecen que al resolverse cualquier recurso o impugnación no se puede empeorar la situación del recurrente, se mantiene la pena impuesta por el Tribunal ad-quem, esto es de ocho años de reclusión mayor ordinaria.

<sup>121</sup> Muñoz Conde. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch Libros. 8va Edición. Valencia. 2010. Pág. 57

**6. RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal Especializada 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”**, al tenor del Art. 358, del Código de Procedimiento Penal, se casa parcialmente de oficio la sentencia recurrida, en cuanto a la modificación de la pena por haberse aplicado erróneamente atenuantes conforme a lo analizado ut supra; y, le impone la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; y, por ser el sentenciado el único recurrente, de conformidad al artículo 77.14, de la Constitución de la República, y al artículo 328, del Código de Procedimiento Penal, se mantiene

la pena privativa de libertad impuesta por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay, de 8 años de reclusión mayor ordinaria. Devuélvase el proceso al tribunal a quo, para la ejecución de la sentencia. De conformidad con la acción de personal N° 2692-DNP-MY, de fecha 23 de julio del 2012, suscrita por la Dra. Margarita De la Cueva Jácome, Directora Nacional de Personal, actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas en calidad de Secretaria Relatora Encargada.- **Notifíquese y cúmplase.** f). Dres. Gladys Terán Sierra, Jueza Ponente, Johnny Ayuardo Salcedo y Merck Benavides Benalcázar, Jueces Nacionales.- Certifico. f) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada.

### 3.2.2. Juicio N° 396-2011

**Asunto:** Asesinato

**Jueza Ponente:** Dra. Gladys Terán Sierra

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-** Quito, 27 de agosto de 2012. Las 14h30. **VISTOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que, por sorteo le corresponde a la Doctora Gladys Terán Sierra como Jueza Ponente, y a los Doctores Johnny Ayuardo Salcedo y Merck Benavides Benalcázar, como jueces integrantes de este Tribunal. Franklin Raúl Molina Minda, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 26 de abril del 2011, a las 11h11, en la cual se le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, por considerarle culpable en calidad de autor, del delito de asesinato, tipificado y sancionado por el artículo 450.1.4.5.8 del Código

Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **1. COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7.k de la Constitución de la República, artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en el presente caso, artículo 349 Código de Procedimiento Penal. El recurso de casación, ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354 Código de Procedimiento Penal, asimismo se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador. **2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES.** Del parte signado con el N° 2010-4307-PJ-CP-12, elevado al Jefe de la Policía Judicial de Imbabura, se ha llegado a conocer que el día 24 de agosto del 2010, a eso de las 07h45, la policía se ha trasladado a la comunidad de Naranjito, donde han tomado contacto con el personal de bomberos 911, al mando del cabo Edison Toabada, quien ha manifestado que en dicho lugar han realizado el hallazgo de un cadáver de sexo femenino, de tez trigueña, de 25 a 30 años de edad, en posición de cúbito lateral izquierdo, que posteriormente ha sido identificada como Andrea Estefanía Trujillo Echeverría,

conviviente del ciudadano Franklin Raúl Molina Minda. Luego de las investigaciones practicadas, y una vez concluida la etapa de instrucción fiscal, se ha llevado a efecto la audiencia preparatoria de juicio y de formulación del dictamen, el 14 de diciembre del 2010; y por haberse acogido el dictamen acusatorio del fiscal de la causa, con fecha 16 de diciembre del 2010, se ha dictado auto de llamamiento a juicio, en contra de Franklin Raúl Molina Minda, por existir graves y fundadas presunciones de su autoría en el delito de asesinato, tipificado en el artículo 450.1 del Código Penal. El Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura, a quien por sorteo le ha correspondido sustanciar la etapa de juicio del procesado, para declarar la culpabilidad del mismo, lo ha hecho en base a los siguientes actos probatorios: - Testimonio de la acusadora particular Janet Narcisca Echeverría, madre de la ahora occisa, Andrea Estefanía Trujillo Echeverría, quien ha indicado que el 23 de agosto del 2010, han quedado con su hija en ir al Centro de Salud, pero que ella nunca ha aparecido, por lo que ha intentado localizarle, sin éxito, razón por la cual le ha reportado como desaparecida, en el número de teléfono 101. Después ha llegado a su conocimiento que al Hospital San Vicente de Paúl, de la ciudad de Ibarra, ha llegado un cadáver, al cual ha reconocido como su hija. La deponente ha manifestado que por este hecho ha sido detenido el conviviente de su hija, quien ha confesado el hecho.- Testimonio de perito médico legista, doctor Livio Darío Salgado Tirado, quien ha practicado la autopsia de la ahora occisa Andrea Estefanía Trujillo Echeverría; ha manifestado, que el cadáver ha presentado escoriaciones en el cuello, tórax, pelvis, extremidades inferiores y en los tobillos; equimosis en el cuello, región umbilical del abdomen; cuerpo del estómago y del intestino delgado equimótico post-traumático; compresión de yugulares y carótidas primitivas, con infiltrado de sangre; y, hemorragia en el cerebro y estómago, por lo que ha determinado que las causas de muerte son asfixia por ahorcamiento y trauma abdominal.- Testimonio de la doctora María del Carmen Morales Enríquez, quien ha realizado un examen psicológico a la hija de la occisa, del que ha podido concluir que la niña no hablaba mucho y que tenía temor y miedo, habiéndole además manifestado que ha presenciado la muerte de su madre; además, indica que la menor le ha dicho que “el papito malo

le había ahorcado a la mamita”.- Testimonios de los policías Lauro Vicente Morales Hernández y Manuel Oswaldo Garzón Chalán, quienes han realizado el parte de levantamiento del cadáver de Andrea Estefanía Trujillo Echeverría; además, se han entrevistado con Ronny Andrés Yépez Lara, quien les ha comentado, que el 23 de agosto del 2010, trasladó a un pasajero con una maleta, en la comunidad de Naranjito, lugar en donde la maleta ha sido abandonada.- Testimonio de Jorge Humberto Rodríguez Portillo, quien ha manifestado que era arrendador de la occisa y el procesado, pero que ha tenido que terminar la relación contractual de arrendamiento, ya que los convivientes peleaban demasiado. Ha añadido, que el 24 de agosto del 2010, se ha encontrado con el procesado, quien le ha contado que a su conviviente la han violado tres sujetos de tez morena, para posteriormente matarla.- Testimonio de Ronny Andrés Yépez Lara, quien ha indicado que el 23 de agosto del 2010, un sujeto ha parado su taxi para pedirle una carrera hasta el sector de Naranjito, que al llevarle hasta este lugar, ha dejado abandonada una maleta que llevaba consigo; que después se ha enterado por la prensa del hallazgo de un cadáver en el mismo sitio donde llevó a quien ahora reconoce como el procesado, por lo que se ha acercado a la policía a declarar lo que conocía sobre el hecho; que en el lugar también ha reconocido la maleta que ha dejado abandonada el procesado.- Testimonio del procesado Franklin Raúl Molina Minda, quien ha indicado que su esposa le ha engañado varias veces con otros hombres, por lo que han tenido varios problemas conyugales, llegando a separarse, al haberla encontrado desnuda con otro hombre; sin embargo, han vuelto a convivir por su hija. Ha añadido que el 22 de agosto del 2010, ha tenido una gran pelea con su conviviente, ya que la misma le ha confesado otra infidelidad, por lo que se han golpeado e insultado, pero que han parado de pelear porque su hija se ha despertado; que la ahora occisa se ha puesto a ver la televisión, y 40 minutos después, al irle a buscar, le ha encontrado muerta. El procesado ha declarado, que el 23 de agosto del 2010, le ha pedido a un taxista que le haga una carrera hasta el sector de Naranjito, en donde ha dejado abandonada una maleta; además, ha indicado que le ha perdonado todas las infidelidades a su conviviente, por el gran amor que le tenía, cuestión por la cual, luego de

su muerte, se ha intentado suicidar. **3 ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO**

**3.1. DEL RECURRENTE FRANKLIN RAÚL MOLINA MINDA** En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, el abogado del recurrente, doctor Paúl Vásquez, ha manifestado los siguientes argumentos para cimentar su procedencia: Que no ha concurrido ninguna de las circunstancias agravantes constitutivas del tipo penal, en las cuales se ha basado la Corte Provincial de Imbabura, para establecer la existencia del asesinato, que no se ha probado la alevosía, al ser la muerte de Andrea Estefanía Trujillo Echeverría producto de una pelea entre cónyuges; y, que no se ha pretendido aumentar el dolor de la víctima, pues lo que se ha dado es una pelea corporal, por una infidelidad que ha cometido la hoy occisa. Que no se ha tomado en cuenta la circunstancia atenuante del artículo 25 del Código Penal, que se refiere a los fuertes ataques contra la honra del procesado, inferidos por su conviviente en el mismo acto, basados en las infidelidades que la misma ha confesado haber cometido. Que en el caso concreto se debería haber aplicado el artículo 455 del Código Penal, que se refiere al homicidio culposo por heridas o golpes a la víctima, **3.2. DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO** La delegada de la Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés, al contestar la fundamentación del recurso de casación, ha manifestado, que en el caso concreto, no existió un error de derecho, que los argumentos del recurrente solo tienden a que el Tribunal de Casación vuelva a valorar la prueba, utilizando el artículo 25 del Código Penal; que, a su parecer, no concuerda con la estructura de un Estado constitucional de derechos y justicia, y se contraponen a la disposición contenida en el artículo 448 del Código Penal, que califica de voluntarios al homicidio, las heridas y los golpes, mientras no se pruebe lo contrario; ha añadido, que se encontraba probado el delito de asesinato, pues en el hecho delictivo que ahora se juzga, ha existido alevosía y ensañamiento, así como también imposibilidad de la víctima para defenderse, pues el golpe que le ha propinado en el estómago el procesado, a la ahora occisa, es un medio suficiente

para lograr ese cometido. La delegada de la Fiscalía General del Estado también ha manifestado, que el procesado se ha comportado de forma cínica, ya que después de cuatro años de convivencia, ha perpetrado este delito de la forma más cruel posible, intentando escudarse en un artículo del ordenamiento jurídico que no concuerda con el modelo actual del Estado, pues inclusive podría catalogarse como violencia de género, a lo que se debe añadir, el hecho de que el procesado inclusive acudió al velorio de su conviviente, para llorar su muerte. Por lo anteriormente expuesto, la delegada de la Fiscalía General del Estado, considera que este Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Franklin Raúl Molina Minda. **4. ANALISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA. 4.1. Del recurso de casación** La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7.m)<sup>122</sup>, sino que además ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal”. “El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley (...) cuyo fin es dejar sin valor las sentencias que conculcan el derecho objetivo (...)”<sup>123</sup>; en el caso ecuatoriano, dichos motivos están consagrados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y en virtud del principio de taxatividad que rige a este recurso, ninguna circunstancia que se aleje de dichas causales puede provocar la casación del fallo impugnado. Al encontrarse plasmado en nuestro ordenamiento jurídico el principio de doble instancia, en virtud del cual dos jurisdicciones analizan con potestades plenas, “(...) íntegramente el proceso, por lo que su resolución se re-

<sup>122</sup> “...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

...m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

<sup>123</sup> Tolosa Villabona, Luis Armando. Teoría y Técnica de la Casación. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. Año 2005. Pág. 39.

*fiere abiertamente a cualquier error encontrado en él (...)*<sup>124</sup>, no le corresponde a este órgano jurisdiccional una nueva valoración de la prueba, quedando limitado este recurso, a la revisión de los errores de derecho que se presenten exclusivamente en la sentencia impugnada, entendiéndose a estos como las faltas que cometen los juzgadores de instancia, al determinar la norma aplicable al caso concreto, o al establecer su sentido y alcance; así como también, el análisis de la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica por parte del juzgador de instancia. Finalmente, es necesario recalcar que la pieza procesal que se analiza en este recurso es la sentencia de último nivel que emite el tribunal de instancia siendo por lo tanto prohibido para el Tribunal de Casación, el análisis in integrum del proceso, y la valoración de la prueba constante en el mismo, lo que torna improcedente la aceptación de cualquier petición de las partes en tal sentido. **4.2. De la fundamentación del recurso y las vulneraciones legales invocadas por el recurrente.** **4.2.1.** La primera alegación del recurrente, se ha dado en el sentido de que no han existido las circunstancias agravantes constitutivas del tipo penal de asesinato, por lo que es el primer análisis que le corresponde realizar a este Tribunal de Casación: **4.2.1.1.** La primera circunstancia constitutiva del tipo penal, que se ha considerado para el encuadramiento de la conducta del procesado al delito de asesinato, es la contenida en el artículo 450.1 del Código Penal, que se refiere a la alevosía, esto es, al ocultamiento que realiza el sujeto activo de la infracción de sus intenciones delictivas o de la ejecución misma del acto, para asegurar que éste se consume; así, no existe alevosía tan solo en el hecho de que el infractor se oculte moral<sup>125</sup> o físicamente<sup>126</sup>, sino que esta circunstancia también existirá en todo caso en el que se busque “(...) *el aseguramiento de la ejecución del hecho, mediante la ausencia de riesgo ante una posible defensa del ofendido (...)*”<sup>127</sup>, lo cual ha ocurrido en el caso concreto, en el que el agresor alejó a la

ahora occisa, Andrea Estefanía Trujillo Echeverría, de cualquier tipo de ayuda que ésta pudiera pedir de otras personas, al esperar que los dos, víctima e infractor, se encontraran solos en su vivienda, inclusive mandando a dormir a la hija que tenían en común, para que no existiera peligro alguno en la ejecución del acto delictivo, evidenciando claramente que la violencia ejercida sobre su víctima, es una manifestación del poder que ejercía sobre ella, adaptando así su conducta, a la causal primera del artículo 450 del Código Penal. **4.2.1.2.** La segunda causal, que ha configurado el delito de asesinato, es la que consta en el artículo 450.4 del Código Penal, esto es, el ensañamiento, que viene de la palabra ensañarse, que a su vez implica el “(...) *deleitarse en causar el mayor daño posible a quien ya no está en condiciones de defenderse(...)*”<sup>128</sup>; y, aplicado a la figura del asesinato, se vincula con el acto del asesino, quien sin necesidad de seguir agrediendo a la víctima para conseguir su objetivo, lo hace por el simple hecho de gozar con el dolor causado, cuestión que en el caso sub iudice, se ha presentado de manera evidente, pues de la sentencia del juzgador de instancia, se desprende todas las heridas ante mortem sufridas por la ahora occisa, Andrea Estefanía Trujillo Echeverría, innecesarias para obtener el fatal objetivo del procesado; así, existiendo además de la principal causa de muerte (asfixia por ahorcamiento), otra más, como es el trauma abdominal que sufrió la víctima, y añadiéndole a esto las diferentes lesiones encontradas por el perito medico legista, en casi todo el cuerpo de la víctima; es innegable por tanto, la existencia de un exceso de violencia del procesado en contra de su pareja y sujeto pasivo del delito, que supera la fuerza con la que hubiera logrado su objetivo, constituyéndose el ensañamiento, en un adjetivo calificativo evidente del actuar del procesado, que torna aplicable la circunstancia constitutiva del tipo de asesinato, contenida en el artículo 450.4 *ibídem*. **4.2.1.3.** En cuanto al artículo 450.5, del Código Adjetivo Penal, esto es, el

<sup>124</sup> Cueva Carrión, Luis. La Casación en Materia Penal. Ediciones Cueva Carrión. Quito, Ecuador. Año 2007. Pág. 100.

<sup>125</sup> Cfr. Quiceno Álvarez, Fernando. Diccionario Conceptual de Derecho Penal. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, Colombia. Año 2004. Pág. 36. Hay 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...*”.

<sup>126</sup> Cfr. Quiceno Álvarez, Fernando. Óp. Cit. *Supra*. Pág. 36. Hay ocultamiento físico cuando “...*el sujeto espera emboscado el paso de su enemigo a quien quiere matar...*”.

<sup>127</sup> Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. Año 2007. Pág. 51.

<sup>128</sup> Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. Año 1998. Pág. 409.

haber imposibilitado a la víctima para defenderse, este Tribunal de Casación considera que dicha causal, en la especie, también ha existido, pues su presencia en el acto, ya no requiere 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; esta causal exige “(...) una actividad previa a matar... exige que el ofensor, con el fin de matar sin riesgo alguno a la víctima, ponga a ésta en tal situación que la defensa por parte de ella se reduzca a lo mínimo.”<sup>129</sup>; es así, que de la sentencia del órgano jurisdiccional de instancia, se desprende que la víctima del delito ha presentado una equimosis<sup>130</sup> en su abdomen, a causa de un golpe del agente vulnerante, que ha sido lo suficientemente fuerte para causarle una hemorragia estomacal, e inclusive la muerte, a lo que debemos añadir, que “Todas las equimosis son *pre mortem* y aparecen en los primeros momentos al impacto (...)”<sup>131</sup>, cuestión por la cual la víctima debió estar viva en el instante en que fue golpeada, revelando por lo mismo la precedencia del trauma abdominal al ahorcamiento; por otro lado, es de conocimiento general que detrás del estómago se encuentra ubicado el plexo solar, una densa red nerviosa que está conectada al sistema nervioso simpático, del cual depende el funcionamiento de los órganos que se encuentran en la región abdominal del cuerpo; el golpe provocado en esta área, propinado con la suficiente fuerza (como en el caso concreto en el que ha llegado a causar hasta la muerte), ocasiona, por lo menos, que la persona caiga desplomada y le falte el aire, cuestión que inhabilita cualquier posible defensa de una persona ante ataques posteriores de su agresor, mucho más tratándose de una mujer que anteriormente ya había sentido violencia ejercida por su pareja, razón suficiente para considerar que ha existido en el caso sub judice la circunstancia agravante constitutiva de asesinato, contenida en el artículo 450.5, del Código Penal. **4.2.1.4** Con respecto a la agravante contenida en el artículo 450.8 del Código Penal,

este Tribunal de Casación, considera que no se ha presentado en el acto motivo de juzgamiento, ya que dicha agravante constitutiva no puede existir a menos de que se haya cometido un acto delictivo previo y el sujeto activo del asesinato haya intentado, con su propia infracción, “(...) impedir que el agente del delito anterior sea privado de su libertad (...)”<sup>132</sup>; es decir, encubrir su conducta. Por lo antedicho, ante la inexistencia de esta motivación en el sujeto activo de la infracción, en el caso analizado, pues su actuar no se dio en defensa de la libertad de un tercero, sino con el fin de terminar con la vida de su cónyuge, es imposible que la circunstancia analizada pueda ser tomada en cuenta para afirmar la existencia del asesinato. **4.2.2** La segunda parte de la fundamentación del recurso que presentó el casacionista, se refiere a la existencia, en su actuar, de la circunstancia de excusa, contenida en el artículo 25 del Código Penal, por lo que se procede a realizar el siguiente análisis: **4.2.2.1** la excusa se presenta cuando un acto, reuniendo las características de ser culpable, punible, típico y antijurídico, resulta atenuado en su sanción, por la existencia de una circunstancia que elimina en parte la anti-juridicidad del mismo, pues el comportamiento exigible al sujeto activo de la infracción queda atenuado, ante lo que el legislador considera como un actuar escasamente aceptable, cuestión que no hace que el acto deje de ser reprochable. En el caso del artículo 25 del Código Penal, la circunstancia de excusa se presenta cuando el sujeto activo del delito se ve impulsado a actuar en virtud de una de dos circunstancias; maltratos de obra graves de parte del sujeto pasivo de la infracción, o por fuertes ataques a la “honra o dignidad” inferidos por el mismo sujeto; añadiéndole a esto, que dichos agravios deben ser realizado en el mismo acto en el cual se produce el delito en que se alega que ha existido esta excusa. **4.2.2.2** En la especie, el recurrente, ha alegado que ha recibido un fuerte ataque a la “honra” por parte de su conviviente, al haberle manifestado ésta que le había engañado con otro hombre, cuestión que no se adapta a la circuns-

<sup>129</sup> Zavala Baquerizo, Jorge. Delitos Contra las Personas, Tomo II. Editorial Edino. Guayaquil, Ecuador. Año 1997. Pág. 104.

<sup>130</sup> Cfr. Enciclopedia de Criminalística, Criminología e Investigación, Tomo II. Sigma Editores. Bogotá, Colombia. Año 2010. Pág. 563. La equimosis es “...una contusión en la piel en forma de mancha, que se forma por la infiltración de sangre en la dermis como consecuencia de la ruptura de vasos sanguíneos...ocasionada por la acción del agente traumático...”.

<sup>131</sup> Enciclopedia de Criminalística, Criminología e Investigación, Tomo II. Ibídem. Pág. 563.

<sup>132</sup> Zavala Baquerizo, Jorge. Óp. Cit. *Supra*. Pág. 119.

tancia de excusa analizada, puesto que la ley protege la honra, y entre ésta y el honor hay aspectos que se vuelven necesarios analizar, para establecer el por qué la norma jurídica intenta excusar el ataque físico del agresor. El honor “...puede ser considerado... como una autovaloración, como el aprecio de la propia dignidad y el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético sociales.”<sup>133</sup>; por lo tanto, puede ser vulnerado por fuertes ataques verbales hechos en contra de determinado sujeto, sin necesidad de que estos se hagan públicos, cuestión que no ocurre con la honra, pues ésta es definida como la “Buena opinión y fama que la gente le otorga a alguien, en virtud de su reputación.”<sup>134</sup>; por lo que, para que se considere violada la honra de una persona, es necesario que el agravio trascienda de la persona a la que se dirige, llegando a afectar la imagen que del agraviado se tiene, cuestión que no ha mediado en el caso concreto, ya que el acto que el procesado ha considerado como gravoso para su honra, no ha llegado a conocimiento de otras personas, en virtud de que la ahora occisa lo ha ejecutado cuando se encontraban solos en el hogar común que compartían, sin que dicha acción, en ese momento, haya sido comunicada a terceros. **4.2.2.3** Por último, no resulta aceptable, que en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los derechos de las mujeres están garantizados por la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos, normas que se vulneran al ejercer violencia en contra de una mujer, se intente hacer pasar la supuesta infidelidad como una ofensa a la honra de un hombre, cuando de lo que se trata de un evidente femicidio, que la doctrina lo conceptualiza como la muerte de una mujer ocasionada por un hombre, por cuestiones de género, pero que en nuestra legislación, todavía no se tipifica, pero que ya consta descrito tanto en convenios, como en resoluciones de órganos administradores de justicia, a nivel internacional, de los cuales la República del Ecuador forma parte; este acto brutal de abuso de poder del sujeto activo del delito sobre su vícti-

ma, no puede ser pasado por alto por el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, mucho más cuando se evidencia, que el procesado ya había ejercido actos de violencia contra su conviviente en ocasiones pasadas, de aquellos descritos en el artículo 1<sup>135</sup> de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Convención de Belém do Para); y, siendo que las mujeres tienen el derecho a que se respete su “...integridad física, psíquica y moral.”, según lo dispuesto por el artículo 4.b, de dicho convenio internacional, en correlación con el deber que tiene el Estado ecuatoriano de “...prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.”; acorde a lo dispuesto por el artículo 7.b, ibídem; por tanto, el considerar una circunstancia de excusa, para este tipo de actos sería ayudar, en parte, a la impunidad de este tipo de hechos criminales, violando la anteriormente expresada obligación del Estado, y proveyendo una salida legal para todos los hombres que todavía ejercen actos físicos agraviantes contra las mujeres, al escudarse en divergencias de familia, en las que han existido agresiones, para justificar el maltrato constante que soportan sus esposas o convivientes inter alia, y que, no en pocos casos, puede terminar en lo ocurrido en la especie. El juzgamiento de estos actos, exige del juzgador la utilización de una perspectiva de género, en base de la cual pueda analizar cuál es la posición de cada uno de ellos, dentro de la sociedad en la que se le presenta el caso para su resolución; pues solo en ese momento, el órgano jurisdiccional de instancia podrá determinar si la causa del homicidio o asesinato se produjo por un hecho aislado, o por una cadena sucesiva-temporal de hechos que se logran constituir en un verdadero caso de violencia doméstica, de aquellos varios que existen en nuestro entorno social, ante “...las relaciones de desigualdad entre los géneros, basadas en el abuso de poder asignado a los hombre sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas...”<sup>136</sup>, en los cuales el homicidio o el asesinato, son tan solo el eslabón final de dicha cadena de violencia. Si bien es cierto, que en la

<sup>133</sup> Quiceno Álvarez, Fernando. Óp. Cit. *Supra*. Pág. 345.

<sup>134</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Primera Edición. Editorial Brosmac S. L. Madrid, España. Año 1992. Pág. 791.

<sup>135</sup> Artículo 1.- Para los efectos de esta convención, debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, **que cause muerte, daño o sufrimiento físico**, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

<sup>136</sup> Facio, Alda; y, Fries, Lorena. Género y Derecho. Ediciones LOM. Santiago de Chile, Chile. Año 1999. Pág. 707.

actualidad el equilibrio de poder dentro de la sociedad, por razones de género, ha ido avanzando debido a un cambio de mentalidad, “(...) los avances en la toma de conciencia sobre la magnitud del problema no han sido suficientes para que los operadores jurídicos, reconozcan debidamente a la violencia de género como una vulneración de los derechos humanos de las mujeres (...)”<sup>137</sup>; cuestión que provoca en la mayoría de los casos, que los juzgadores eviten el análisis del maltrato psicológico o físico al que pudo estar expuesta la víctima de un homicidio o asesinato por razones de violencia doméstica (parte de la violencia de género); omitiendo a su vez, el examen y aplicación de los instrumentos internacionales orientados a la protección de las mujeres contra estas circunstancias. En el caso *sub judice*, si tomamos en consideración lo expresado en líneas anteriores, no resulta difícil para el juzgador de instancia el reducir un típico escenario de violencia de género, a un homicidio relacionado a infidelidades, e intentar utilizar el artículo 25 del Código Penal, como una circunstancia de excusa para excluir parcialmente la antijuridicidad del acto que se juzga, pues se deslindan del hecho ilícito, los elementos constitutivos de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina jurídica clasifican como un típico caso de femicidio<sup>138</sup>, y que se presentan en la especie, pues se logra desprender claramente, de los hechos que han sido probados por el juzgador de instancia, mediante su propia valoración de la prueba, y a los que se remite este Tribunal de Casación para juzgar, que el asesinato de Andrea Estefanía Trujillo Echeverría, se dio por una clara visión que el procesado tenía de la nombrada, como si fuera un objeto de su propiedad, razón por la cual ha preferido terminar con la vida de su víctima, a verla en manos de otro hombre, circunstancia que le hubiese hecho perder el dominio que sobre ella ejercía. Lo que el recurrente se intenta excluir

con una circunstancia de excusa, como ya se ha dicho, es parte de la antijuridicidad, esto es, del juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, lo que implica la aceptación de que la conducta que en un principio se considera prohibida, fue realizada con un justificativo, y en el caso concreto, no existe justificativo que el tribunal de instancia o este órgano jurisdiccional le pueda dar a la conducta del procesado, más aún cuando, como ya se ha mencionado, el Estado tiene la obligación de sancionar la violencia en contra de las mujeres, para establecer la protección jurídica de sus derechos, la cual, como establece el artículo 2.c<sup>139</sup> de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se da entre otros, por parte de los tribunales nacionales competentes, órganos que no pueden ser los primeros en promover este tipo de discriminación, que “(...) se evidencia en las prácticas jurídicas a través de la falta de seriedad con que los operadores de la justicia penal emprenden las investigaciones sobre hechos de violencia de género; de los prejuicios y estereotipos a la luz de los cuales valoran las pruebas recolectadas (...)”<sup>140</sup>. **4.2.3** No se toma en cuenta la alegación del procesado respecto a la falta de aplicación del artículo 455 del Código Penal, pues el mismo exige la falta de intención en el procesado, tendiente a darle muerte a su víctima, lo que en el caso *sub judice*, no se ha presentado, pues es evidente, por la existencia del ensañamiento en contra de la víctima, que la finalidad buscada por el ahora recurrente era la de dar muerte a su conviviente, tanto así, que la causa principal de su muerte ha sido la asfixia por ahorcamiento, cuestión que de ninguna manera concuerda con la posibilidad de la existencia de un homicidio preterintencional. **5. RESOLUCIÓN.-** Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE**

<sup>137</sup> Comisión Sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales. www.mpd.gov.ar. Buenos Aires, Argentina. Año 2010. Pág. 9.

<sup>138</sup> Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) VS. México. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 16 de Noviembre del 2009. “(...) el asesinato de niñas y mujeres por el solo hecho de serlo en una sociedad que las subordina (...)” Cfr. Comisión Sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Óp. Cit. Supra. Pág. 12. “(...) asesinato cometido por un hombre hacia una mujer a quien considera de su propiedad o inferior a él por razones de género(...)”

<sup>139</sup> Artículo 2.- Los Estados partes... se comprometen a:

... c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

<sup>140</sup> Comisión Sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Óp. Cit. Supra. Pág. 141.

**DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”,** al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 26 de abril del 2011, en cuanto a la existencia de la circunstancia agravante constitutiva de infracción, contenida en el artículo 450.8 del Código Penal, dejando subsistente la pena impuesta al procesado por el juzgador ad quem. Devuélvase el proceso al tribunal

que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.-** f). Dres. Gladys Terán Sierra, Jueza Ponente, Johnny Ayluardo Salcedo y Merck Benavides Benalcázar, Jueces Nacionales.- Certifico. f) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada. Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA PONENTE; Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, JUEZ NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL Certifico: Dra. Martha Villarroel V. SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.2.3. Juicio Nº 1025-2011

**Asunto:** Violación

**Juez Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA PENAL.- Quito, 17 abril de 2012.- Las 11:30h. VISITOS:** El sentenciado FRANKLIN MENDOZA INFANTE, interpone Recurso de Casación del fallo expedido por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de 30 de noviembre de 2011, que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, que le impuso la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, así como al pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por daños y perjuicios, como autor del delito de violación, tipificado en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado por el Art. 513 *Ibíd.* Aceptado a trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrió el impugnante, acompañado por el Dr. Lenin Rosero, quien fundamentó el recurso, compareciendo además la Dra. Paulina Garcés, en representación del señor Fiscal General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas

conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 *Ibíd.*, donde el recurrente fundamentó el recurso, habiendo también comparecido el

representante del señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- ANTECEDENTES:** Según denuncia presentada, por el señor Zabulón Calderón Mendoza, quien hace conocer lo siguiente: "...mi hija de nombres DAYANA ELISETH CALDERON MENDOZA, de 10 años de edad, informa que ha sido víctima por varias y repetidas ocasiones de abuso sexual y atentado al pudor, por parte de su tío Franklin Mendoza Infante, POLICIA EN SERVICIO ACTIVO, quien con engaños, ofrecimientos, a atentado contra su integridad sexual, obligándola a que se someta a sus más bajos instintos, por lo que mi hija aprovechando la ocasión que estaba conmigo me contó lo sucedido, por lo que solicito que se hagan las investigaciones y se sancionen al procesado. Según mi hija, me indicó que las ocasiones se han dado en Dureno, en la casa de su mamá, y el tío Franklin Mendoza, llegaba al lugar y aprovechaba que estaba solo para someterle a la menor a que mantenga sexo oral y en otra ocasión intentó introducirle su miembro viril, y, en otra ocasión cuando han estado en la ciudad de Nueva Loja, que la ha llevado a un cuarto que no sabe en donde queda puesto que ella no conoce, y allí nuevamente abusó de ella, en esta ocasión la menor estaba con la mamá, y al encontrarlas en la calle la madre de mi hija se ha ido a hacer alguna diligencia y le ha dejado encargada a mi hija y esto ha sido el momento oportuno para llevarla al cuarto. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** El recurrente Franklin Mendoza Infante, por intermedio de su defensor, Dr. Lenin Rosero, fundamenta su recurso, quien manifestó lo siguiente: hace un análisis del hecho que se suscita en virtud de que paralelamente en Lago Agrio se inició una instrucción con el N° 59-2010 y 51-2010 dentro de la cual aparecía la supuesta agraviada acusando a otro sujeto como autor de atentado al pudor y violación, pero que lamentablemente en Lago Agrio correspondió el conocimiento del hecho al mismo Fiscal, Over Jaramillo, quien en conocimiento de dos hechos distintos que tenían que ver con el mismo sujeto procesal, debió excusarse, y que al no hacerlo se generó una confusión que colocó a su defendido en esta palestra en función de que no se tomaron las alternativas legales necesarias. Agrega entonces que el señor Zabulón Calderón procedió a denunciar la violación de su hija de 10 años, inculpándole al tío, hermano de la ma-

dre de la menor, en función de una enemistad existente entre ellos, pues se produjo un divorcio y por no pagar las pensiones alimenticias y por haberse producido agresiones constantes, fue privado de la libertad y, quien en algún momento había determinado esa privación de la libertad, fue Franklin Mendoza en su condición de Policía Nacional, hoy acusado de violación; que el hecho del divorcio relatado generó una enemistad entre familias, enemistad tan grave que llegó a condicionar la realización de un hecho por demás lamentable, como es la imputación del delito de violación a la hija de la hermana de su defendido. Añade también que al respecto, se hizo alusión a una información del 26 de agosto, pero del proceso aparece el conocimiento del hecho el 27 de agosto, siendo esta forma de confundir las fechas, la que acarreó una serie de actos a los que se agregan la labor del Fiscal que no orientó la investigación en los términos que debía realizarlo; que lo único que hizo la Fiscalía es disponer un reconocimiento médico y un reconocimiento del supuesto lugar de los hechos, el mismo que se encuentra vinculado con la selva amazónica, junto a un pozo petrolero y que no podía definirse como el sitio en que se produjo un hecho tan repugnante, como es la violación del tío a la sobrina. A la par del conocimiento de estas denuncias del señor Calderón, la madre de la menor hace saber que existe una violación perpetrada por Benavides Baca en contra de la misma menor, en un lugar aledaño al domicilio de la madre de la denunciante, por lo que se inicia la indagación y se realiza el examen médico, pero se lo hace con una menor, estando involucradas en la denuncia dos menores, pero no se lo hizo con la perjudicada Dayana Calderón. En estas circunstancias el Fiscal levanta las dos indagaciones, en las que se realizan las mismas diligencias, se utilizan los mismos peritos, y en las dos diligencias se establece por un lado que en la una hay violación con la supuesta introducción del pene masculino; que la dualidad de gestiones que realiza la Fiscalía lleva a confundir por el hecho que en la Fiscalía a cargo del doctor Over Jaramillo Jaramillo trabajaba un hijo del señor Efraín Benavides Baca, una persona colombiana de 74 años de edad que fue quien produjo la violación, utilizando los dedos de la mano, pero que en el reconocimiento médico realizado a una hermana de Dayana Eliseth Calderón aparece que es virgen y

que no existió el acto de violación, lo que llevó al Fiscal a abstenerse de acusarlo y es sobreseído en la resolución del Juez Tercero de lo Penal de Sucre que conoció también la misma acción. Continúa su exposición el abogado de la defensa indicando que se montaron dos procesos y, en el uno se hace un reconocimiento médico en el que aparece violación y en el otro no; que se hace el reconocimiento del lugar, pero cuando se pide un examen psicológico tanto del denunciante como del denunciado, se realiza una serie de diligencias, pero no se practican esos exámenes y sin prueba llega la audiencia al Tribunal Primero de lo Penal de Lago Agrio, donde comparece la menor representada por su madre y establece con claridad la inocencia de Franklin Mendoza y la imputación directa en contra de Segundo Efraín Benavides, reiterando que éste último fue sobreseído en la causa iniciada contra él, como se manifestó con anterioridad, y que ha sido incorporado al proceso. Señala también que luego de que se produce la apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Primero que condenó al sindicado a la pena de dieciséis años de reclusión, la Sala Única de la Corte de Lago Agrio procede a dictar sentencia, la misma que no reúne los requisitos del Art. 304 literal A) del Código de Procedimiento Penal, así como tampoco cumple con los parámetros del Art. 309 numerales 2 y 3 del mismo Código. Manifiesta además la defensa que el hecho mencionado lleva a su defendido a interponer el recurso de casación, y que si se da lectura de la sentencia dictada, la misma se aparta totalmente de lo que manda la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Judicial así como de la ley supletoria que es el Código de Procedimiento Civil. Da lectura del Art. 76, literal I) de la Constitución que establece que toda sentencia debe contener los antecedentes respectivos y que textualmente dice: "...las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación en los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulas...", siendo lo manifestado, a criterio de la defensa, lo que omiten los juzgadores de la Corte de Lago Agrio al no establecer dentro de su sentencia una motivación acorde a lo que manda

la Constitución, pues si se leen las causales que se establecen en el fallo correspondiente, lo que hace es transcribir parte de las intervenciones de las partes procesales en la audiencia de juzgamiento, copiar lo que dice la sentencia de primera instancia y no introducir ninguna otra consideración y, que incluso se hace una mera referencia de la declaración de Dayana Calderón, la que con lujo de detalles estableció que el autor de la violación era un sujeto procesal distinto del ahora acusado. Señala también que el hecho de omitir los antecedentes constitucionales permite identificar una causa real para interponer la casación en los términos que manda el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, pues no existe un hecho expreso con una indebida aplicación de la ley que señala en la parte considerativa de la sentencia; que además se infringe lo que manda el Art. 130 numeral 4 de la Ley Orgánica de la Función Judicial determinando que deben haber antecedentes jurídicos y un hecho real y objetivo en el análisis de la sentencia; y, que además no se atiende lo que establecen los Arts. 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, dando lectura al Art. 274, que dice: "...Debe establecerse en la sentencia dictada los antecedentes jurídicos conforme manda la Constitución y la ley...", manifestando entonces que no existe la fundamentación que establece la norma Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, ya que se establecieron hechos que no corresponden a las circunstancias que motivaron la sentencia dictada. La defensa afirma además que el juzgador desatendió las pruebas actuadas dentro de la etapa de instrucción, pues no se estableció con claridad la participación de testigos presentados por el acusado, los cuales definen la vinculación afectiva existente entre el tío y la sobrina, así como las ocupaciones que mantiene el sindicado, aclarando que este último es un policía nacional con un horario determinado y que no podía estar en el lugar en el que se dice se realizó el acto violatorio por parte del denunciado, es decir, no podía estar en dos lugares diferentes al mismo tiempo. Señala que sí estableció el segundo proceso, es la circunstancia de que Benavides Baca estuvo con las menores y tuvo un acercamiento con ellas, pero que niega la autoría de la violación, sin embargo, existen datos procesales como la declaración de la menor Dayana Calderón en la audiencia de juzgamiento llevada a efecto en

el Tribunal Penal en la que señala a Benavides Baca como autor de la violación. Finaliza solicitando que por las omisiones constitucionales y legales del fallo dictado por la Corte de Sucumbíos, se case la sentencia en beneficio de su defendido y se revoque dicha sentencia. **RÉPLICA:** El abogado de la defensa manifiesta que el error de los enjuiciamientos creados y que constan en un solo proceso provienen del fiscal que intervino en el conocimiento de los mismos, el cual giró en función de la conveniencia que en ese momento el auxiliar suyo mantenía como hijo de uno de los sindicatos, el señor Benavides Baca, lo que motivó un procedimiento viciado por una serie de fallas procesales y errores que pueden determinar una nulidad, la misma que no se la propuso porque de acuerdo a la óptica de quien ejerció la defensa en Lago Agrio, lo adecuado fue proponer la casación que se fundamentó de modo claro. Insiste en que no puede crearse una confusión de hechos por la terminología que pueda asociarse a esta acción y que es fundamental pensar que la justicia debe brillar en función de un miembro de la policía nacional con más de dieciséis años ha demostrado una hoja de vida intachable, cuya vinculación familiar había sido rota por la actitud del autor de la denuncia quien había sido privado de su libertad por agredir a su ex mujer, hermana del denunciado, insistiendo que esa enemistad es la causa real sobre la que se monta esta acción totalmente injusta. **QUINTO: INTERVENCION DE LA FISCALÍA:** La doctora Paulina Garcés, en representación de la Fiscalía General del Estado, quien señaló lo siguiente: Puntualiza en primer lugar que se ha planteado como uno de los fundamentos básicos de la casación del recurrente, que la sentencia no reúne los requisitos establecidos en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, señalando entre las causales del numeral segundo y tercero, y recalca que no son puntos que pueden sustentarse a través del recurso de casación, pues la falta de requisitos de la sentencia lo que pudo provocar en su momento oportuno, es la interposición de un recurso de nulidad, haciendo alusión al Art. 330 numeral segundo del Código de Procedimiento Penal, que dice señala con claridad que procede el recurso de nulidad cuando la sentencia incumpla los requisitos establecidos en el Art. 309, y que por lo tanto la alegación de la defensa no es parte de la esencia del recurso de casación, pues

son errores netamente de procedimiento que corresponden a un recurso específicamente determinado en la ley y no aplicable en este caso. Continúa manifestando, como segunda puntualización, que se ha dicho por parte de la defensa que existen pruebas actuadas en la etapa de instrucción que no fueron tomadas en cuenta por el Fiscal, dejando en claro al respecto que en la etapa de instrucción fiscal no existe prueba alguna sino elementos de convicción y que cuando se cumplen las reglas constantes en el inciso segundo del Art. 79 del Código de Procedimiento Penal podrán volverse pruebas al ser presentadas y valoradas ante un Tribunal de Garantías Penales, por lo que no es sustentable la no motivación de la sentencia cuando no hay prueba, sino que son elementos de convicción que sirven para que el fiscal pueda sustentar su actuación y que tendrán la calidad de pruebas cuando se cumpla con el principio de legalidad establecido en el Art. 86 y cuando se cumpla la regla del Art. 79 como lo estableció previamente. Expone que también se dijo que existe una indebida aplicación de la ley, porque no hay motivación suficiente, hablando de dos procesos que se llevaron en líneas separadas y que el señor abogado de la defensa quiso dar a entender que es un mismo hecho que se dividió entre dos personas, pero que al respecto señala, como se dijo por parte de la defensa, es verdad que existe enemistad entre las familias, pero que la víctima con quien vive es con la familia del sentenciado, por lo que es evidente que existió una presión sobre la niña y quien en el momento de la audiencia de juicio señaló que ya no era el sentenciado quien la violó, cuando antes había determinado que ella envió un mensaje a su padre en el que indicó que el acusado era el violador, ante el médico legista señaló que el acusado era el violador, el momento del examen psicológico se estableció sin lugar a dudas que la niña tenía todos los rasgos de haber sufrido abuso sexual y que de ahí se determinó también que el acusado, porque así lo refirió la menor, era el violador, y que también la menor lo dijo ante la policía señalando que quien era el violador era su tío Franklin Mendoza Infante. Que posteriormente en la audiencia de juicio la menor cambia la versión y la Sala así lo señala, diciendo que el testimonio de la menor indudablemente fue manipulado para que no diga la verdad, pues de acuerdo a los informes periciales, de los

testimonios de la psicóloga, el reconocimiento médico legal, etc., se establece que el acusado es el violador. Que sin embargo y mas allá de las argumentaciones netamente fácticas que no forman parte del recurso de casación, la Fiscalía estima que para que prospere el recurso de casación que es un recurso extraordinario, taxativo y formal deben cumplirse los requisitos establecidos en la ley y deben señalarse con absoluta claridad de qué forma y cómo el juzgador erró al momento de aplicar la norma jurídica, es decir, se debe establecer si el yerro judicial se produjo por una contravención expresa del texto, por una indebida aplicación o una errónea interpretación, y que considera que el abogado de la defensa no ha podido cumplir los requisitos establecidos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Concluye manifestando que, considera que no hay elementos para que se proceda a la casación de la sentencia y pide que se rechace el recurso por no haberse cumplido con la fundamentación debida, tanto más que existen las sentencias del tribunal y de la Corte que cumplen el principio del doble conforme establecido en la norma constitucional y en el Pacto de San José. **SEXTO: BASE JURÍDICA: Normativa Constitucional:** La Constitución de la República del 2008, reconoce y garantiza los derechos de libertad, la igualdad formal, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones, el derecho al honor y al buen nombre, entre otros, Art. 66, numerales 4, 6 y 18. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, Art. 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de intermediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, Art. 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. La Constitución de la República.- en su Art. 11 al tratar sobre el ejercicio de los derechos, establece que se regirá por principios, entre ellos el de igualdad, señalado en el numeral 2 que textualmente dice: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades". Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, (...), ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que ten-

ga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Art. 35 de la Constitución de 2008 establece que: Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes,(...), recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. (...)El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad; mientras que en el Art. 44 de la misma norma constitucional indica que 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. En el Art. 46 de la normativa constitucional manifiesta que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: en su numeral 4 que se brindara protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Así mismo en su Art, 75.- trata sobre los Derechos de protección que dice: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. El Art. 198 de la Constitución de 2008 establece que: La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil. El sistema se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad,

complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia. El Art. 417 de la Constitución de 2008 manifiesta que: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, (...). Así mismo el Art. 424 nos dice que; La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. 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. Como también el Art. 426 establece que; Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables(...), aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. En concordancia con el **Código Orgánico de la Función Judicial**, en su Art. 5 que trata sobre el Principio de Aplicabilidad Directa e Inmediata de la Norma Constitucional que dice; Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las

normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Tal como lo dice el Art. 6 del mismo cuerpo legal que establece sobre la Interpretación Integral de la Norma Constitucional, que dice, las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Como también lo manifiesta el Art. 18 *Ibidem*, que trata sobre el Sistema-Medio de Administración de Justicia, que dice: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Sobre el Principio de Probidad.- La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social (...). como establece en el Art. 21 *Ibidem*. El Art. 29 de esta misma norma, manifiesta en lo referente a la Interpretación de Normas Procesales y dice: Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, (...). Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. **El Código de la Niñez y Adolescencia**, por su parte en el Art. 11 establece que: El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas, judiciales, a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor

convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. **Normativa Sustantiva Penal; Art. 512.-** Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: **1°.-** Cuando la víctima fuere menor de catorce años... **Art. 513.-** El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo. Los elementos constitutivos del tipo penal del delito de violación son: 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. Según GOLDSTEIN, en el Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Astrea, Pág. 931, manifiesta, Violación: es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. La acción típica consiste en tener acceso carnal. El acceso carnal es la penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo. **Normativa internacional.-** Es menester destacar algunas disposiciones de Instrumentos Internacionales en cuanto al "Convenio sobre el derecho del niño"; en cuyas disposiciones constan: En el Artículo 1.- manifiesta que: para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...). Así mismo en el Artículo 2 numeral 1, manifiesta que: Los Estados Partes, respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cual-

quier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En el numeral 2, dice que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de condición, las actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Como también esta Convención en el Artículo 3 numerales 1, 2, 3 manifiesta que 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, tendrán como consideración primordial el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Por otro lado el Artículo 34 de esta misma Convención, expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. **Normativa Adjetiva penal de Casación;** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los

juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación ... “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **SÉPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL:** El Recurso de Casación, tiene el carácter de extraordinario, cuya finalidad es establecer las violaciones de derecho que pudiere incurrir la sentencia impugnada, sujetándose a causales, que se encuentran establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación y que de existir en el fallo el Tribunal de Casación está en la obligación de subsanar dichos errores, a fin de garantizar la correcta aplicación de las normas de derecho y sobre todo la seguridad jurídica y el debido proceso. Al amparo de la norma procesal antes citada, también está prohibido al Tribunal volver analizar la prueba, porque ello compete a otras instancias y a otro tipo de recursos... **7.1).**- En la parte inicial de la fundamentación del recurso, el procesado, que asistió a la audiencia y a través de su defensor sostuvo la existencia de violaciones procesales incurridas por la Fiscalía en la indagación previa, al sostener que se presentaron dos investigaciones confusas y contradictorias, pero a pesar de ello, al decir del recurrente, el Fiscal Dr. Jaramillo, inició una sola acción penal en contra del

ahora sentenciado, por el delito de violación a la menor Dayana Eliseth Calderón Mendoza, involucrándolo por retaliaciones de índole familiar, ya que se trata del tío, sosteniendo que con ello se provocó la nulidad de la causa. Sobre este planteamiento de carácter procedimental, este Tribunal, coincidiendo con lo expresado por la Fiscalía estima que no es el momento procesal para esgrimirlo, ya que debía haberlo sustentado en la audiencia preparatoria de juicio y formulación del dictamen, en la segunda etapa del proceso penal, acorde con lo dispuesto en el Artículo innumerado colocado a continuación del Art. 226. numerales 1 y 2 del Código Adjetivo Penal, donde los sujetos procesales, debían hacer conocer al Juez de Garantías Penales los vicios formales que hasta ese momento adolecía la causa, para que puedan ser subsanados en la referida audiencia, siendo éstos los requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia; y cuestiones de procedimiento, que puedan afectar la validez de la causa, por lo que se debe tener como improcedente dicha alegación, tanto más que al inicio de esta Resolución, se ha sostenido que no existen vicios que pudieren acarrear la nulidad de este proceso, declarándolo válido. **7.2).**- El casacionista además sostiene, que la sentencia no cumple con lo expresado en los artículos 304 y 309 del Código de Procedimiento Penal, por lo que del examen del fallo atacado, se establece con claridad meridiana, que la sentencia se encuentra motivada y concluye declarando la culpabilidad del procesado, obteniendo los Juzgadores de primer y segundo nivel, con las actuaciones probatorias desarrolladas en la audiencia de juzgamiento, la certeza de que está comprobada la existencia del delito y que el encartado es el responsable del mismo; y ello, efectivamente se establece con las constancias relatadas en el considerando quinto de la sentencia impugnada, esto es: **a).**- Con la partida de nacimiento de la menor Dayana Calderón Mendoza, de 10 años de edad al momento de los hechos; **b).**- Con el testimonio rendido por el perito Cabo segundo Luis Jimmy Chipantiza Castañeda, quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos, señalando que la vivienda se encuentra ubicada en la parroquia Dureno, margen izquierdo, a unos 500 metros por una vía de tercer orden, se trata de una vivienda de una sola planta con cubierta de zinc y de color blanco; **c).**- Con el testimonio

rendido en el juicio, por el médico perito legista Dr. Carlos Alberto Macías Avilés, quien se ratificó en el examen practicado a Dayana Calderón Mendoza, que obra a fs. 65 del expediente, indicando además que la menor le manifestó que había sido abusada sexualmente, tocada sus partes íntimas, con el miembro viril, manoseada, forzada, intimidada, desnudada y que al hacer fuerza para introducir el pene le dolía y el sujeto expulsaba un líquido blanco, hecho que fue realizado por su tío de nombre Franklin Mendoza, además refiere que este sujeto le introducía los dedos y la lengua en la vagina, especialmente el dedo meñique, le besaba sus genitales y la obligaba a que le mamara el pene, la manipulaba para que no comentara lo sucedido, porque si lo hacía iba a meter preso a su padre, actividades morbosas que las ha realizado unas 5 veces aproximadamente, aprovechando que no vivía con su padre, ya que pasaba en casa de su abuelita, el último hecho ocurrió aproximadamente el 15 de agosto del 2010 a esos de las 22h00, actos que se han realizado desde que tenía nueve años; refiere el médico legista cuando rendía su testimonio, sobre el estado emocional, encontró a la menor muy ansiosa, intranquila, cohibida, con efectos postraumáticos y al realizar el examen ginecológico localizó en zona hiperemia rojiza, inflamatoria y congestionada, el himen estaba desgarrado parcialmente y de bordes irregulares, con una mucosa infiltrada congestiva lacerada, irritada a la altura horaria 1,5, y 7, un orificio de himen dilatado, desgarrado parcialmente, con infiltrado congestivo irritativo, no virginal, existe tanto desfloración parcial incompleta, la menor al momento del examen se notó que no tenía ninguna presión y más bien utilizaba frases con naturalidad para referirse a los hechos; **d).**- Con el testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento por la Dra. Nidia Tatiana Burgos Enrique, Psicóloga Clínica, designada para realizar la pericia de valoración psicológica a la menor Dayana Calderón, expresó que la menor detalló el abuso que había vivido con su tío Franklin Mendoza, la niña ha llegado en estado depresivo, llorando, en ese momento indicó que fue abusada en la casa de sus abuelos en Dureno, que le había indicado su tío que le iba a regalar un celular, practicando la niña sexo oral, que hubo penetración, pero no total y que le dolía cuando había penetración, la niña se encontraba en estado depresivo, lloraba en el mo-

mento de contar los acontecimientos, indicó la menor que tenía disminución del sueño, depresión, ansiedad, sentimientos de culpa, sentimiento de inferioridad, es decir es una niña que tiene todos los rasgos de haber sido abusada sexualmente, que en ningún momento la menor al rendir su versión estaba coaccionada o manipulada, que tampoco era una fantasía lo que la niña refería, la profesional en Psicología manifiesta estar segura y creer todo lo que la menor refirió y que en ningún momento la niña mintió, porque se obtuvo la información a través de la entrevista, dibujos, muñecos y técnicas apropiadas para estos casos, la niña fue espontánea; refiere la perito que tiene experiencia de 20 años en este tipo de trabajos; **e).**- Con el testimonio rendido por el padre de la menor ofendida señor Zabalón Calderón Cueva, quien en lo principal manifiesta que recibió un mensaje de parte de su hija Dayana Calderón en la que decía “papi me siento muy mal por algo que nunca le he contado”, respondiéndole inmediatamente que le cuente lo que le había sucedido, respondiéndole “papi el tío Franklin me hizo el amor”, ante esto la llamó para escucharle la voz y en voz baja le dijo “si papito es verdad, pero no puedo hablar mucho en este momento porque los demás están durmiendo”, al otro día que salió del trabajo, se encontró con su hija y ella con lágrimas en los ojos le ha contado “papi el tío Franklin me ha hecho el amor algunas veces”, respondiendo que no se acordaba las fechas, pero que lo hacía en Dureno, en la casa de su madre Lucy Melania Mendoza, que llegaba y aprovechando que estaba sola se desnudaba, en un cuarto donde existía una cama la llevaba a la fuerza, la desnudaba, procedía a pasarle la lengua por la vagina, le quería meter el pene y la cogía de la cabeza para que le chupe el pene, como ella cerraba la boca, le pasaba el pene por los labios y le dejaba una cosa blanca y la amenazaba que no cuente a su papi, porque si lo hace lo mete preso, (...) le puso películas o videos pornográficos desnudándola y nuevamente a repetir las acciones que se han indicado. **f).**- Con dicha prueba, se establece plenamente la existencia material de la infracción y la culpabilidad del procesado; ya que además, bien hicieron los Juzgadores ad quem, en sostener que lo manifestado por la víctima Dayana Calderón Mendoza en la audiencia de juzgamiento, es un testimonio manipulado para que no diga la verdad, ya que la

menor en dicho acto procesal reconoce que le envió los mensajes a su papá, en la que le contaba que su tío Franklin Mendoza había abusado sexualmente de ella y que luego se lo dijo personalmente a su padre, señalando todo lo sucedió pero que no fue su tío, sino otro señor que se llama Segundo Benavides; y, ante las preguntas que le realizaron las partes procesales indicó que había manifestado que fue su tío, porque se encontraba enojada con toda la familia, que este enojo le ha durado aproximadamente 3 meses. Este Tribunal comparte la apreciación realizada por los Juzgadores Ad-quem, considerando que la menor al momento en que rindió testimonio en la audiencia de juicio se encontraba manipulada, porque difiere sustancialmente de la versión rendida ante el Fiscal y que obra en el cuaderno de la Corte Superior de Nueva Loja (hoy Corte Provincial) a Fs. 63, 63-vuelta, donde expresó: ...“cuando yo tenía nueve años, estaba en la casa de mi mami, que está ubicada en Dureno, momentos que me encontraba viendo televisión con mi hermana Alejandra Mendoza, y le dijo a mi hermana Alejandra, que fuera a la otra casa a ver los pollos, y mi tío se fue a un cuarto y me llamaba, que fuera al cuarto y como yo estaba viendo televisión, le alzaba más el volumen y no le escuchaba, en eso fue y apagó la televisión, y estaba completamente desnudo y andaba por todo la casa, y me llevo al cuarto y me sacó toda la ropa, me pasaba la lengua en mi vagina y me decía que le chupe el pene me agarraba de la cabeza, y como los tenía cerrados los labios, me pasaba el pene por los labios, y me dejaba esa agua blanca en la vagina y quise salir de la casa mi tío me cerraba la puerta y en eso como le llamaron a su teléfono celular y se descuidó y salí corriendo para la otra casa, y les conté de lo ocurrido en la noche a mi hermana Alejandra y Lady, y como en esas fechas habían llegado mis primos de visita y nos estábamos peleando por las camas, y como a mi hermana Lady, le tocó dormir con mi abuelita, ella le había contado a ella de lo que me había hecho mi tío Franklin, desde ahí mi abuelita siempre nos llevaba con ella a todos lados. Mi tío Franklin, siempre me compraba golosinas y nos llevaba a las piscinas. Así también en el mes de junio del dos mil diez, pero no recuerdo exactamente el día llevo mi tío a la casa de mi mami y siempre el aprovechaba cuando yo estaba sola en la casa para hacerme esas cosas. También en el mes de

agosto del dos mil diez, pero no recuerdo el día, como a las diez de la mañana, salimos a realizar unas compras con mi mami de nombres Melania Mendoza, al centro de la ciudad, ya que mi papi me había enviado un dinero con mi tío Franklin Mendoza, ya habíamos terminado de realizar las compras y en eso le llamaron por teléfono a mi mami y como estaba mi tío Franklin Mendoza, y quería conversar con mi mami sobre un revolver que tenía mi tío Franklin, como él me lo había regalado un celular y estaba dañado un poco mi mami me dijo que me fuera con mi tío Franklin Mendoza, en la moto para traerlo un cargador desde un cuarto que tenía mi tío y cuando llegamos a ese cuarto yo mire que había bastante cosas de mujer, ropa de mujer, de bebe, pañales, leche en tarro entre otras cosas, y en eso mi tío Franklin, puso un video en el televisor sobre sexo; y mi tío se puso a desnudarse, y me empezó a sacarme la ropa, después que estaba desnuda me pasaba la lengua en mi vagina y me decía que le chupe el pene me agarraba de la cabeza, y como los tenía cerrados los labios me pasaba el pene por los labios, y me dejaba esa agua blanca que le salía del pene me dejaba en mi vagina y después me dijo que me fuera a lavarme en la ducha, mi tío me dio cinco dólares y me regalo un celular y me dijo que no diga nada a nadie que solo disimule y como sonó el teléfono de él y era mi mami dijo que fuéramos a comer, después salimos a la casa de mi mami y mi tío se fue no se adonde. Yo les había contado a mi hermanas como ellas no me creían, me sentía mal, pero como siempre soñaba lo que me hacía mi tío Franklin Mendoza, me decidí contarle a mi papi, esto paso el día veintisiete de agosto del dos mil diez. Esto fue como unas siete veces que mi tío Franklin, me hacía esas cosas que las dejo narradas”... g).- Analizado lo narrado por la víctima, en su primera versión, ésta es coincidente con lo que le expresó al médico perito legista Dr. Carlos Alberto Macías Avilés, a quien le manifestó que su tío Franklin Mendoza fue quien, mediante amenazas e intimidación la violó, señalando el perito el tipo de desfloración del himen que presentó la examinada, lo que también es corroborado con el análisis psicológico practicado por la Psicóloga Nidia Tatiana Burgos Enrique, quien posee 20 años de experiencia, habiendo obtenido la información de la menor ofendida, mediante prueba científica con entrevistas, dibujos,

muñecos, que es la técnica que la doctrina recomienda para eventos de carácter sexual, estableciendo que la menor a dicha fecha no estaba manipulada en sus afirmaciones y que todo lo manifestado era la verdad, señalando al procesado como el autor de violación y todo ello, confirmado con lo que la menor le expresó a su padre Zabulón Calderón Cueva, todo lo cual ha servido a este Tribunal de Casación para llegar a la certeza de la culpabilidad de Franklin Mendoza, porque la doctrina y nuestra experiencia en casos similares nos permiten otorgarle credibilidad a la primera información que proporciona la víctima, donde señala al autor de la agresión sexual como su tío, quien aprovechándose de encontrarse en el círculo íntimo y familiar de la menor, la obligaba a realizar actos de naturaleza sexual, violándola, sin considerar la edad de la menor y su indefensión, dejando a un lado los deberes de respeto, cuidado y protección que como familiar le debía, estableciéndose que existe suficiente prueba de la participación del procesado. Además, no es lógico creer que la menor haya mentido ante una pluralidad de personas como son: fiscal, legista, psicóloga, sus familiares; porque, una niña, a esa edad, aun no tiene la malicia para mentir de esa manera. **h).**- La doctrina, en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener, que los delitos sexuales se comenten en la clandestinidad, en reserva y sin testigos, por ello, el primer testimonio rendido por la víctima es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, como lo expresa el tratadista español Manuel Miranda Estrampes, en su Obra *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Editorial Bosch, Pág. 184, expresando: "...La convicción judicial, como fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. Por otro lado, se admite que dicho testigo único pueda ser la propia víctima o perjudicada por el delito". Apreciación de carácter doctrinario que comparte este Tribunal, donde la víctima en su primera versión ante la Fiscalía señaló como su victimario a su tío Franklin Mendoza Infante, coincidiendo con lo expresado a su padre y a los peritos médico legista y psicológico, por lo que la apreciación de los actos de prueba que hemos señalado anteriormente, han sido analizados por los inferiores juzgadores a la luz

de la sana crítica, como lo establece el Art. 86 del adjetivo penal, cumpliendo además en forma acertada, con lo dispuesto en los Arts. 250 y 252 *Ibídem*, ya que los actos con los cuales se comprueba la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado fueron practicados en el juicio, es decir, en la tercera etapa del proceso penal, obteniendo de ellos la certeza del delito tipificado en el Art. 512 del Código Penal, por cuanto ha existido violación, como lo refiere la doctrina: "la muerte en vida" o "la muerte suspendida", encontrándose presente los elementos constitutivos del tipo, ya que el accionar ilegítimo del procesado, encaja perfectamente en el tipo por el cual se lo sentencia, ya que la víctima es menor de 14 años y usó contra ella la violencia e intimidación para lograr el acceso carnal, mediante la introducción del miembro viril, aprovechándose de la vulnerabilidad de la víctima, con tan solo 10 años de edad y de su condición de familiar, por lo que la sentencia ha sido suficientemente motivada y no ha violado la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley, ni ninguna norma procesal de las que fueron esgrimidas por el recurrente, por lo que, ninguna de sus alegaciones encaja en las causales del artículo 349 del adjetivo penal. **7.3).**- Cabe resaltar, que desde el inicio de la causa penal, con la audiencia de formulación de cargos, al procesado por su condición de Policía Nacional, el Juez de Garantías Penales que conoció la causa, en un acto negligente no dispuso medida cautelar personal de prisión preventiva, como correspondía, por tratarse de un delito aberrante, sancionado con reclusión y que causa conmoción social; sino únicamente ordenó una medida alternativa distinta a la prisión, que se mantuvo vigente hasta que se dictó la sentencia condenatoria por parte del Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos y fue confirmada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de la misma provincia, que lo condenó a 16 años de reclusión mayor especial, como autor del delito de violación a la menor de diez años de edad Dayana Calderón Mendoza; **7.3.1.-** Por otra parte, la Fiscalía, por la libertad de que gozaba el procesado y ante el inminente riesgo que corría la víctima en su integridad física y psicológica, en forma acertada, dispuso a favor de la menor impactada por un delito sexual, medidas de amparo, incluyéndola en el Programa de Protección a víctimas, testigos y demás partícipes

del proceso penal; **7.3.2.-** Ante la concurrencia del sentenciado, (en persona), a la audiencia de fundamentación del Recurso de Casación, es menester hacer un análisis de los derechos de los sujetos procesales, a fin de realizar la respectiva ponderación, entre principios, valores y normas, ya que ante un evento delictivo, es el Estado, a través de los jueces, el que debe garantizar que los derechos de las personas sean respetados y que, a quien quebrante la ley, se le imponga la pena condigna, con la única finalidad de restablecer la paz social. Por su parte, la víctima tiene derecho a que se la proteja y garantice en todos sus derechos, entre ellos la libertad sexual, brindándole protección especial y prioritaria por encontrarse dentro del grupo de vulnerabilidad y ante el impacto delictivo se la debe atender y reparar por el daño causado, entre ellos imponiendo la pena y obligando su cumplimiento al declarado responsable del ilícito penal; mientras que el procesado tiene derecho para acceder a la administración de justicia, recibiendo un juicio justo y de encontrárselo culpable debe cumplir la pena impuesta en sentencia en uno de los centros carcelarios del país; y precisamente el cumplimiento de la pena, es una de las formas en que la sociedad, a través de los órganos jurisdiccionales, sanciona por el mal irrogado, con la finalidad de que el lapso del internamiento que debe cumplir el sentenciado sirva para rehabilitarlo y reinsertarlo en el ámbito social para bien de toda la sociedad; por lo que en este caso en particular, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, sin que se la pueda sacrificar, por la sola omisión de formalidades; y como del proceso no aparece que se haya dictado orden de prisión en contra del encausado como correspondía en este caso, cuya responsabilidad es exclusiva de los juzgadores de primer y segundo nivel; y al haberse rechazado el recurso extraordinario de casación, el condenado debe cumplir con la pena impuesta, ya que siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, este Juez pluripersonal, no puede permitir que habiéndose agotado el procedimiento ordinario con la doble sentencia condenatoria, no se cumpla con la pena impuesta, ni tampoco puede permitir que el impugnante se burle de la Administración de Justicia, de la víctima y de la sociedad en su conjunto, a pesar de haber sentenciado a 16 años de reclusión mayor especial cumpla la pena impues-

ta, peor aún si se trata de un delito de violación, que causa alarma social y como el actual papel del Juez, es garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, con la finalidad de amparar y garantizar el derecho de la víctima, tal como lo manda el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: *“...las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”...*, quien además goza de protección especial, por lo que es obligación constitucional de este Tribunal, por la presencia del sentenciado en la sala, tomando en consideración que la misión sustancial de la Función Judicial y por ende de los Jueces es conservar y recuperar la paz social, y en virtud de que existe sentencia condenatoria este Tribunal, dispone la captura y traslado hasta el centro penitenciario dispuesto en la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos y confirmada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de la misma provincia que lo condenó por el delito de violación, todo ello, como repetimos para garantizar los derechos, entre los que se encuentran el interés superior de la niña, como grupo de atención prioritaria, en la categoría de doble impacto por menor de edad y víctima de maltrato sexual, ambos como eje transversales dentro de la Legislación Internacional de Derechos Humanos, como en nuestra legislación, para que este tipo de delitos sexuales no queden ocultos e impunes. Por las consideraciones antes indicadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por no existir violación de la ley en la sentencia, por improcedente, se rechaza el Recurso de Casación planteado por el procesado Franklin Mendoza Infante. Como es público y notorio que el recurrente concurrió a la audiencia

de fundamentación del recurso examinado en esta Resolución, destacándose que en esta causa el encartado ha ejercido con plenitud su derecho a la defensa, estableciéndose su culpabilidad y con la finalidad de no sacrificar la justicia por la sola omisión de solemnidades, en aras a recobrar la paz social, teniendo en consideración que por Norma Constitucional y los Instrumentos Internacionales reconocidos por el país, se debe atender en forma prioritaria el interés superior del niño, en este caso en particular de la víctima de 10 años Dayana Calderón Mendoza, abusada sexualmente, ante el rechazo de este recurso extraordinario y como no se encuentra vigente la medida alterativa dispuesta al inicio del proceso y vigente hasta la culminación de los recursos ordinarios, para que prevalezca la Justicia y la armonía que son pilares fundamentales de toda sociedad, amparando la seguridad física y psicológica de la menor, con la finalidad de que el sentenciado cumpla con la pena de 16 años de reclusión mayor especial, impuesta por Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos y confirmada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de la misma provincia, para que no sea burlada la Administración

de Justicia, se ordena la captura del sentenciado Franklin Mendoza Infante, presente en la sala de audiencia de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, para que girándose la orden correspondiente, por parte del Juez Nacional Ponente, se lo traslade en forma inmediata y con las debidas seguridades hasta el Centro de Rehabilitación Social de Sucumbíos, debiendo el Tribunal de Garantías Penales de dicha provincia legalizar la captura, cuyo sentenciado queda a sus órdenes. Se llama la atención al Juez y Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, quienes intervinieron en esta causa, por no haberla atendido con responsabilidad, convirtiendo su accionar en un acto negligente, violentando los principios de responsabilidad y debida diligencia. Debiendo remitirse copias del presente fallo, al señor Presidente del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes. Intervenga el Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. **Cúmplase y Notifíquese.** F) Dres. Jorge M. Blum Carcelén, Msc.: **JUEZ NACIONAL PONENTE**; Dr. Wilson Merino Sánchez: **JUEZ NACIONAL**; Dr. Paúl Iñiguez Ríos: **JUEZ NACIONAL. CERTIFICO:** f) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario relator.

### 3.2.4. Juicio N°. 945-2009

**Asunto:** Utilización dolosa de Documento Falso

**Juez Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA PENAL**

**Quito, 31 de julio de 2012; a las 10h20.- VISITOS:** El sentenciado Vicente Ramón Paucar López y la acusadora particular Ana Mayorga Espín, interponen Recurso de Casación de la sentencia de mayoría, expedida el 27 de abril de 2009 por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, que condena al procesado Vicente Paucar López, a la pena atenuada de dos años de prisión correccional, como autor responsable del delito que tipifica y reprime los Art. 341 y 339 del Código Penal. Aceptado al trámite y habiéndose cumplido con las fundamentaciones respectivas, compareciendo además el señor Fiscal General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo

se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: "en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de

conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite de los Recursos de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fueron presentados dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde los recurrentes fundamentaron sus recursos, habiendo también comparecido el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DEL PROCESADO:** El recurrente Vicente Ramón Paucar López, en el escrito de interposición del Recurso de Casación, expresa que la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, ha violado normas legales, al aplicar falsamente el Art. 339 del Código Penal, ya que el cheque no aparece mencionado en dicha disposición y tampoco se indica que dicho documento constituya un instrumento público, para que se pueda aplicar la sanción del delito tipificado en el Art. 341 del Código Penal; que la sentencia también contraviene el texto de la ley, en lo referente al dolo, en el uso doloso del documento falso que no ha sido demostrado y que tampoco se analiza el estado de necesidad, cuyas circunstancias están demostradas en el proceso con varios testimonios. Solicitando también en la fundamentación del recurso, que se case la sentencia, por la falsa aplicación e interpretación errónea de la ley, como lo dispone el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR:** La señora Ana del Rocío Mayorga Espín, en calidad de acusadora particular, fundamenta su Recurso de Casación, indicando que existe en la sentencia falsa aplicación de ley, pero única y exclusivamente en lo que se deja de aplicar las circunstancias agravantes y se toma en cuenta las atenuan-

tes en favor del reo, como la numeral cuarta del Art. 30 del Código Penal, ya que Vicente Paucar se aprovechó del parentesco y por ende de la confianza existente para ejecutar el hecho punible y que se cometió el delito como medio para cometer otro, conforme el numeral primero del artículo antes mencionado, por lo que al existir dos circunstancias agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción, no es posible considerar atenuantes, ni aplicar lo dispuesto en el Art. 72 del Código Penal, para efectos de reducir la pena y es en ese sentido que se ha hecho una falsa aplicación de la ley, solicitando se case la sentencia y se imponga al acusado el máximo de la pena de reclusión, como responsable del delito tipificado y sancionado en los Art. 341 y 339 del Código Penal. **QUINTO.- OPINIÓN FISCAL:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, manifiesta que los Juzgadores de primer nivel, en el considerando quinto de la sentencia han valorado la prueba, manifestando que se encuentra plenamente probado que la firma del girador Efraín Paucar López, constantes en los cheques girados y cobrados el 3 de octubre de 2002 en el Banco MM Jaramillo Arteaga eran falsas, como lo han expresado los peritos documentólogos que han practicado la experticia y análisis de los tres cheques debitados y que el mismo Tribunal indica la participación de Vicente Paucar López, quien utilizó dolosamente el documento falso, lo que fue comprobado con los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento por Ana Lucía Paucar Mayorga, quien revela en esa fecha sus tíos al comunicarle respecto a la exigencia de rescate, por parte de los secuestradores de su padre, le informaron que habían falsificado la firma de su progenitor, para cobrar los cheques y pagar el rescate exigido; agregando, que un cheque lo había cobrado el acusado Vicente Paucar, otro un empleado y el tercero Robert Bayas empleado de Vicente; todo lo cual es ratificado con el testimonio de su madre y acusadora particular Ana Mayorga Espín y con lo manifestado por María Alejandra Paucar Mayorga, también hija del secuestrado quienes relatan los mismos hechos; y por su parte, **Vicente Paucar López, en su testimonio refiere: “que al enterarse por su hermano José, que Efraín (hermanos de ambos) había sido secuestrado y que exigían \$ 70.000 dólares por su rescate, procede a cobrar un cheque por**

**\$ 20.000 dólares en el Banco MM Jaramillo Arteaga y que su empleado Robert Bayas cambió otro cheque por \$ 15.000 dólares de la misma cuenta y banco, de los cuales \$ 5.000 los tomó el deponente para recuperar el valor que había prestado para el rescate y 8.000 entregó a su hermano José, quien debía pagar por una camioneta.** Indica la Fiscalía, que el Tribunal expresó que se demostró que Efraín Paucar López había sido secuestrado y que sus hermanos Vicente y José se encontraban presionados para conseguir el dinero para pagar el rescate exigido, pero que no es menos cierto, que lo hicieron girando cheques, cuya firma estaba falsificada, ya que los informes periciales grafológicos acreditan que la firma de Efraín Paucar constante en los cheques había sido falsificada, por imitación servil, e incluso el propio acusado ha manifestado que el cheque por 15.000 dólares cobrado por Robert Bayas, el deponente tomó 5.000 para resarcirse por dicha cantidad que prestó para el pago del rescate, que ascendió a 40.000 dólares, con lo que los Juzgadores de mayoría concluyen que Vicente Paucar actuó con conocimiento de que el cheque que cobró era falsificado y que el acto perjudicaba al patrimonio de los hijos menores de edad de su hermano desaparecido, existiendo intencionalidad, por el conocimiento o conciencia y voluntad, es decir conocimiento de los hechos, queriendo producir los resultados, con lo que dicho Tribunal a quo, arriba a la certeza de que se ha comprobado la existencia de la infracción, así como la responsabilidad penal del acusado Vicente Paucar López, sin que se hubiere justificado circunstancias agravantes, sino las atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Sustantiva Penal. Sostiene la Fiscalía, que el Tribunal no ha violado el Art. 339 del Código Sustantivo Penal al imponer la pena al acusado, cuya conducta se subsume en la hipótesis del Art. 341 de la misma norma penal, ya que se ha probado en el juicio, que utilizó un cheque cuya firma conocía que había sido falsificada, para retirar dinero de la cuenta corriente de Efraín Paucar López; y, sobre todo, que se ha retenido dinero de otro cheque con la firma falsificada de Efraín Paucar, que fue cobrado por Robert Bayas y que respecto a la actuación del procesado Vicente Paucar, realizada "en un estado de necesidad", para evitar un mal, que era el peligro que corría la vida de su hermano Efraín, quien se encontraba

secuestrado, manifestando el Juzgador de la sentencia, que la existencia de tal estado de necesidad está sujeta a comprobación y a determinados requisitos, contemplados en el Art. 24 del Código Penal y que el maestro Dr. Ernesto Albán Gómez, en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, los individualiza como: a) necesidad de evitar un mal o peligro, que debe ser en primer lugar real; b) que debe ser actual o inminente; c) que el mal evitado sea mayor que el causado; d) que no haya otro medio practicable o menos perjudicial. Sosteniendo la Fiscalía, que del examen de la sentencia se deduce que no estaba muy claro, si el peligro era real, pues los acusados no han probado en la audiencia de juicio que se les requirió entregar la suma de dinero que retiraron del banco, ni que existieron las llamadas telefónicas el 3 de octubre de 2002 por parte de los secuestradores exigiendo el pago, ni que entregaron a éstos la suma de 40.000 dólares; por el contrario, se ha probado en el juicio con el propio testimonio del sentenciado que el cheque falsificado de 15.000 dólares que cobró Robert Bayas lo utilizó en parte el propio acusado, tomando 5.000 que dijo había prestado y 8.000 los entregó a su hermano José para una compra; y que tampoco se ha demostrado que con el retiro de dinero mediante cheques con firmas falsificadas, hubieren conseguido el supuesto propósito de rescatar a su hermano Efraín, que constituiría la única justificación de su conducta, considerando la Fiscalía que el accionar del procesado, no se encuadra en la disposición del Art. 24, en concordancia con el Art. 18 del sustantivo penal. Que respecto a los argumentos esgrimidos por la acusadora particular, Ana del Rocío Mayorga Espín, no están probados en el juicio las circunstancias agravantes enunciadas en los numerales 1 y 4 del Art. 30 del Código Penal, ya que no hay evidencia de que el acusado hubiere cometido otro delito o sentenciado por otra causa relacionada con este enjuiciamiento y que en cuanto al parentesco con Efraín Paucar, no consta en el numeral 4, evidenciándose que la acusadora particular constituye una interpretación extensiva de la norma y que tampoco existe violación del Art. 72 de Código Penal, ya que las atenuantes han sido legalmente aplicadas en la sentencia recurrida, considerando la Fiscalía, que no proceden los recursos de casación, ya que no se ha demostrado que la sentencia viole la ley. **SEXTO: ASPECTOS JURÍDICOS:**

Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego decidir sobre el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada: **1.- Normativa Constitucional. 1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, como lo establece el artículo 11. **1.2.-** La Constitución reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad formal, la libertad, entre otros establecidos en el Arts. 66, numerales 1, 3, 4, 29.a.b.c.d. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de intermediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. **1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de los Jueces velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también, de las víctimas del delito conforme al artículo 78; pues, solo así se garantizara el

equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del Art. 11 *Ibíd.* **1.4.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. **2.- Normativa sustantiva.- 2.1.** Art. 341 del Código Penal, establece: *En los casos expresados en los precedentes artículos, el que hubiere hecho uso, dolosamente, del documento falso, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.* **2.2.** Art. 339 del Código Penal, establece; Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial: Ya por firmas falsas; Ya por imitación o alteración de letras o firmas; Ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos; Ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar. **2.3.** Art. 24. del Código Penal, establece: No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo **3.- Normativa sobre Casación Penal.-** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función

Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa. La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde. La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación...“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia.

**SÉPTIMO: CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Este Tribunal de Casación, procede a examinar si existen o no violaciones de la ley en la sentencia recurrida por ambas partes, aclarando que conforme la norma procesal, no puede valorar, ni examinar la prueba, únicamente establecer si el Juzgador, en su fallo ha hecho un correcto análisis y utilización de la sana crítica y sobre todo de las normas aplicadas, determinándose con los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, que ha quedado claro que Efraín Paucar López fue secuestrado en la ciudad de Ambato el 2 de octubre del 2002 y que hasta la fecha de los últimos escritos presentados por las partes en la fundamentación de los recursos en julio de 2009 todavía no aparece, presumiéndose su muerte como fruto del referido secuestro; que ante dicho drama familiar y luego de conocer del secuestro, sus hermanos José Salvador y Vicente Ramón se han reunido en el local de compra-venta de vehículo de propiedad del plagiado en Ambato y junto a empleados de éste, han recibido las exigencias de los plagiadores, quienes inicialmente solicitaron el pago de \$ 70.000 dólares para la liberación y

que en una de las llamadas telefónicas escucharon la voz del mismo Efraín Paucar, quien les manifestaban que paguen el valor requerido, por dicha razón, ante un estado de necesidad real, han procedido a falsificar la firma de su hermano Efraín en tres cheques de su cuenta corriente que mantenía en el Banco MM Jaramillo Arteaga y han procedido, con la ayuda de los empleados Edwin Hachi y Rober Wilman Bayas Lascano, a retirar la suma de \$ 20.000; \$ 15.000 y \$ 15.000 dólares respectivamente, precisamente para reunir el valor del rescate, que ascendió a la suma de \$ 40.000 dólares, que fue entregado, en dinero, en cuatro fajos de diez mil dólares cada uno, y que los secuestradores habían llegado en un taxi sin placas, a recibir dicha suma, haciéndoles creer que entregarían al plagiado en una de sus propiedades en la ciudad de Quito, Urbanización Colinas, lo que en realidad nunca ocurrió. También ha quedado establecido, que la falsificación de la firma de Efraín, no se lo hizo en forma oculta, sino que precisamente fue para recaudar el valor exigido, destacando que para reunir los cuarenta mil dólares, el ahora procesado Vicente Paucar, prestó la suma de cinco mil dólares; que del último retiro, el dinero se lo utilizó para devolver los cinco mil dólares entregados inicialmente por Vicente Paucar, ocho mil para cancelar el valor de un vehículo y los restantes dos mil fueron entregados a una de las hijas del secuestrado Efraín, es decir, que en ningún momento se ocultó el hecho de la falsificación de las firmas, la entrega del dinero a los raptos, ni los pagos realizados con el último cheque cobrado, entregando el sobrante precisamente a una de las hijas de la víctima del secuestro, como lo expresan todas las personas que han rendido sus testimonios en la causa. Este Tribunal, hace un análisis de los hechos y apartándose de la opinión Fiscal y de los Juzgadores de mayoría, para establecer que efectivamente existió el “estado de necesidad”, ante el repentino e inesperado secuestro de Efraín Paucar, lo primero que por acción natural se debía hacer es tratar de salvarlo con vida de sus raptos y para ello, decidieron, como familiares, aceptar las exigencias de los delincuentes, siempre con la esperanza de salvarle la vida, precisamente para evitar un mal, que al momento de conocerlo es evitar la muerte de su hermano; ante la necesidad de cubrir la exigencia de dinero del “rescate” y existiendo el monto solicitado en la misma cuenta

del plagiado, el resultado de la falsificación de la firma, era inevitable, precisamente para salvarle la vida, sin dicho accionar causa un perjuicio en el patrimonio de su hermano Efraín, quien de haberse salvado por dicho accionar, hubiera agradecido y hasta aceptado el hecho de la falsificación de la firma, precisamente, porque se logró el cometido que era salvarlo, lo que no ha ocurrido hasta la presente, a pesar de haber transcurrido casi diez años. El tipo penal, por el que se condena al procesado Vicente Paucar, es el señalado en el Art. 341 del Código Penal, que tiene como exigencia, el hecho del dolo, en el evento del uso del documento falso; accionar doloso, que no ha quedado reflejado en las actuaciones señaladas en la sentencia de mayoría, porque no solo Vicente Paucar, sino también su hermano José y dos empleados del plagiado, conocían y aceptaron que el retiro del dinero de la cuenta de su hermano, era precisamente para salvarlo y que el último retiro, sirvió para devolver lo entregado por el procesado, en la suma de cinco mil dólares y pagar ocho mil dólares en una obligación adquirida por el mismo Efraín Paucar; quedando claro que los cuarenta mil dólares fueron entregados a los plagiadores, que como es sabido no puede existir testigos o documento firmado que comprueba dicha entrega; pero se refleja, en el traslado que hicieron los familiares desde Ambato a Quito a esperar la llegada de Efraín, que no ocurrió, siendo esta una eventualidad en la modalidad delictiva del plagio, cuando los secuestradores toman el dinero y no devuelven a la víctima, sin conocerse su actual paradero o residencia, a pesar de que familiares de éste, ex-cónyuge e hijos sostienen que por el tiempo transcurrido presumen su muerte, por así expresarlo en la misma audiencia de juicio, a poco tiempo de los hechos. Es decir, que no existe el dolo, que es el requisito necesario, para la utilización del documento falso, no fue en provecho del procesado, sino precisamente en favor de quien se falsificó la firma, para su rescate. Cuando el Juzgador, asegura que no existe evidencia de la entrega del dinero, le resta importancia al secuestro, que en realidad es el verdadero estado de necesidad, inaplicando la disposición del Art. 24 del Código Penal, que establece que **...“no se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido**

**evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”;** ya que como lo hemos expresado, el delito de falsificación, que materialmente está probado en autos, no puede ser sancionado, por la existencia real del secuestro de Efraín Paucar, cuya liberación se intentó desde que se tuvo noticias del secuestro, mediante el pago de la exigencia, con dineros de la misma víctima y que se lo hizo a pedido del mismo Efraín. La sentencia que se examina, al no contemplar la existencia de la “causa de justificación”, también hace una errónea aplicación del tipo penal de los artículos 341, en concordancia con el 339, ambos del Código Penal, ya que no existe justificación de la acción dolosa, en la utilización por parte del procesado del documento falso, ni se lo puede tomar como autor de la falsedad, precisamente por la falta del dolo, como determinante de la firma falsa, cuando sabemos que éste trae implícito: “el querer, con voluntad y conciencia, de hacer daño”, lo que no está probado en esta causa, porque no existió la voluntad de causar daño, en realidad lo que se quiso es salvar la vida del hermano secuestrado, como lo hubiera hecho cualquiera de nosotros como familiar ante esta lamentable desgracia, que últimamente ha proliferado como una de las modalidades delictivas en incremento, ejecutada contra prósperos comerciantes de todas las ciudades del país, cuyos familiares no acuden en forma inmediata a la Policía Nacional, precisamente porque una de las exigencias de los delincuentes, es que no se haga conocer el hecho a la Policía, bajo amenaza de matar a la víctima, que es precisamente el mal que quieren evitar. Sobre este tema, el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra Manual de Derecho Penal, Parte General, Pág. 494 trata sobre el estado de necesidad justificante y el exculpante, sosteniendo “que la necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la exclusión de la culpabilidad, en cuyos casos el concepto no varía, ya que se entiende que media necesidad, cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión y se justifica cuando el coaccionado actúa para evitar un mal mayor para él o para otro”, llamándolo “estado de necesidad justificante”, por lo que es necesario realizar una ponderación, respecto de los bienes jurídicos lesionados, cuya falsificación

es el mal menor, ante el inminente peligro de muerte, en el que se encontraba su hermano, cuyo fin primordial era salvarle la vida. Este Tribunal de Casación, llega a la íntima convicción de que existió el “estado de necesidad, como causa de justificación, que evita la pena por la falsificación realizada”, constatando que los juzgadores no han hecho una correcta aplicación de la sana crítica, que al decir de Eduardo J. Couture no son otra cosa que “*reglas del correcto entendimiento humano*”; establecida en el Art. 86 de la norma adjetiva penal, aplicando erróneamente el tipo penal por el que se condena al acusado y consiguientemente inaplicaron el Art. 24 del Código Penal. La contravención al texto de la ley conlleva una violación directa o indirecta de la norma sustancial. En el primer caso se advierte aquella violación, según el profesor español Miguel Fenech, cuando “*el tribunal aplicando erróneamente o dejando de aplicar la norma penal material para declarar la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal e imponer en su caso la pena*” (*El proceso penal, ediciones ANGESA, Madrid 1982, p. 339*), cuya inexistencia de responsabilidad no ha sido reconocida por los juzgadores de mayoría. Por lo dicho anteriormente, no procede considerar lo expresado por la acusadora particular Ana del Rocío Mayorga Espín, por lo

que **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, estimando procedente el Recurso de Casación planteado por Vicente Paucar López, ante la evidente violación a la ley contenida en la sentencia de mayoría, por la existencia de causa de justificación, que impide la imposición de la pena por el delito de uso doloso de documento falso, se CASA la sentencia y se enmienda el error incurrido por los Juzgadores de primer nivel, reconociendo la imposibilidad legal de imponer sanción a Vicente Paucar López, cancelando todas las medidas cautelares que pesan en su contra. No se declara como temeraria o maliciosa la acusación particular y se desecha por improcedente el recurso de casación planteado por ésta. En virtud de la acción de personal No. 2692-DNP-MY, intervenga en esta causa la Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada. Notifíquese y publíquese. F). Dres: Jorge M. Blum Carcelén, Juez Ponente, Wilson Merino Sánchez y Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales. Certifico. f). Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

### 3.2.5. Juicio N° 793-2011

**Asunto:** Homicidio Inintencional (Mala Práctica Médica)

**Juez Ponente:** Dr. Wilson Merino Sanchez

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-**

Quito, 5 de Junio del 2012 del 2012, a las 08h30.-

**VISTOS:** En calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado, conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del recurso de casación, interpuesto Pablo Arturo Roldan Bianculli, por estar en desacuerdo, con la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, con fecha 08 de febrero del 2011, a las 11h18, en la cual, por considerarlo, autor responsable del delito de Homicidio Inintencional condenan al Dr. Ramón Oscar Uquillas Freire, y reforman la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de lo penal

de Pichincha y le imponen la pena de sesenta días de prisión y costas, daños y perjuicios. Habiéndose fundamentado el Recurso, por parte de quien lo interpuso, para resolver el recurso interpuesto, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “*en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces*

*nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se observa omisión de solemnidad sustancial, que pudiera acarrear la nulidad de lo actuado, declarándose su validez.- **TERCERO: ANTECEDENTES.-** El día 02 de marzo del 2009, a las 09:00 aproximadamente, ingresó al quirófano 1 del Hospital Metropolitano, la señora Nelly Patricia Chiriboga Reyes, para ser intervenida quirúrgicamente de dos hernias discales. La cirugía, según el Dr. Ramón Oscar Uquillas, duraría cuatro horas aproximadamente. Como no concluía la intervención quirúrgica y ya eran las 14:00, los familiares, preocupados por la ausencia de noticias, preguntaron, momento en que han solicitado a su esposo que consiga 30 personas para que donaran sangre, ya que su esposa había sufrido un desangre, por lo que se han trasladado al banco de sangre a conseguir 53 pintas de sangre solicitadas. Mientras esto ocurría, el señor Pablo Roldán, cónyuge de la señora Chiriboga, ha recibido una llamada de su hijo Francisco Roldán, pidiéndole que fuera urgente a terapia intensiva; que cuando han llegado al lugar, les han cerrado las puertas y no los han atendido. Como se pusieron intranquilos y angustiados por querer ingresar, al no saber qué ocurría, miembros del Hospital han llamado a la policía para que los tranquilicen y desalojen. Como a las 16:00 ha llegado el primer Agente de policía, al ver que no daban noticias, el mismo agente ha llamado a otros compañeros para que le ayuden, que a las 17:00 aproximadamente alguien que no se identificó, dio la información de que la señora Nelly Patricia Chiriboga Reyes, estaba en la morgue, cuando la familia pidió información de lo sucedido, señalaron que había fallecido a las 15:00. Por lo que se procede a llamar a miembros de la Unidad de Criminalística para el respectivo levantamiento del cadáver, solicitando además la presencia de uno de los Fiscales de turno, al preguntar por el Dr. Uquillas, médico que realizó la intervención, el director del Hospital manifestó que no se encontraba en las instalaciones, y que se había retirado del Hospital una vez terminada la cirugía; por lo que, la Doctora Daniella Camacho Herold, en audiencia de formulación de cargos, decidiera iniciar Instrucción Fiscal en contra de los señores Ramón Oscar Uquillas Freire y Vinicio Pompeyo Salgado Silva. De lo cual realizada la audiencia de juzga-

miento, y valoradas las pruebas aportadas por las partes, el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, condena a Ramón Oscar Uquillas Freire, a la pena modificada de ocho días de prisión correccional, mas daños y perjuicios; y, a Vinicio Pompeyo Salgado Silva, se la confirma el estado de inocencia por no existir mérito para condenarle, sentencia de la cual el acusador particular propone recurso de apelación, siendo resuelto por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la cual al momento de resolver, reforma la misma y condena al procesado Ramón Oscar Uquillas Freire, a la pena de 60 días de prisión, con daños, costas y perjuicios. Por lo que siendo su derecho, el de impugnar toda resolución o sentencia del poder judicial, que afecte derechos fundamentales, el acusador interpone el presente recurso de casación de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a fin de que se case la sentencia impugnada.- **CUARTO. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** En la Sala de audiencias de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el día martes tres de abril del dos mil doce, a las dieciséis horas con veinte minutos, ante los señores doctores: Wilson Merino Sánchez, Jorge M. Blum Carcelén y doctor Paúl Ñíguez Ríos, Jueces Nacionales de esta Sala, se llevó a efecto la audiencia señalada en autos con la presencia de los sujetos procesales: el doctor Héctor Gonzalo Silva Hernández, abogado defensor del doctor Ramón Oscar Uquillas Freire, doctor Ángel Leonardo Oviedo Caicedo, abogado defensor del acusador particular Pablo Roldan Bianculli; y el doctor Arturo Donoso Castellón, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado: **4.1.-** El doctor Ángel Leonardo Oviedo Caicedo, abogado defensor del acusador particular Pablo Roldan Bianculli, quien a fin de fundamentar el recurso, en síntesis, manifiesta: “...Acorde con lo establecido en los artículos 349 y 358 del Código de Procedimiento Penal, presenta el recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal, la misma que contraviene expresamente el artículo 460 del Código Penal y el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal; así como el art. 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador; esto es, al contravenir la norma legal obraron contra lo mandado, ordenado, por partes de la segunda

Sala de la lo Penal de la Corte Provincial, que se ha remitido a lo que dice la sentencia de primera instancia dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, que declara la culpabilidad del señor UQUILLAS FREIRE OSCA RAMÓN, como autor del delito de homicidio inintencional, porque sin la intención de atacar contra la vida de quien en vida se llamó Patricia Chiriboga Reyes, por falta de previsión o precaución sus actuaciones le causaron el deceso, delito tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado por el artículo 460 de este mismo cuerpo legal, por lo que se le impone la pena modificada de 8 días de prisión correccional en méritos de las atenuantes previstas en el artículo 29, numerales 5, 6 y 7 del Código Penal en relación con lo establecido en el artículo 73, por consiguiente se hace obligatorio que se revise estas normas. Que el art. 73 del Código Penal, señala que la reducción de penas correccionales de prisión y multa cuando hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante constitutiva o modificatorias de la infracción, las penas correccionales de prisión y multa serán reducidas respectivamente, hasta ocho días y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas separadamente, o remplazar la de prisión por multa hasta doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si solo aquella está prescrita por la ley; por lo que hay que determinar si hubieron o no circunstancias agravantes, pero las circunstancias agravantes que manifiesta el Código Penal, hace relación a los delitos dolosos, es decir a aquellos delitos donde está intrínseca la intención de matar a la persona, causarle la muerte, el homicidio intencional es culposo donde no está presente la intención de causar la muerte de la persona; sin embargo por la negligencia, impericia o la inobservancia de las normas, se causa la muerte de esa persona; pues si se toma en cuenta que los delitos dolosos están encuadrados dentro de las agravantes, por lo que se hace preciso revisar el art. 30 del Código Penal, para saber que son agravantes y si se encasillan en la circunstancia investigada; procede a realizar un análisis de cada uno de las agravantes contempladas en la referida norma, concluyendo que ninguna de las agravantes establecidas en el Código Penal, puede encasillarse, por ser un delito culposo; siendo esto lo que la Segunda Sala de la Corte Provin-

cial, no observó ni aplicó. Señala, que de la misma manera las circunstancias atenuantes tampoco se encasillan en esta clase de delitos culposos, pues si se presentó voluntariamente a la justicia, haciendo uso legítimo del derecho de defensa, tratando de inducir a error a la Administración de Justicia, manifestado que para poder lacerar los grandes vasos, se necesita de un taladro de enorme potencia para poder taladrar las vértebras y pasas por un lado hacia adelante; y que la pinza que se utiliza para esta clase de operaciones es la pinza de paradeu que no tiene punta, cuando se probó que no se necesitaba de estos instrumentos, quedó en evidencia que se estaba faltando a la verdad, y se demostró que si se produce la laceración de los grandes vasos en una operación de hernias discales, conforme obra del expediente abundante prueba, sobre la literatura médica especializada sobre hernias discales. ...Que también se han observado otras normas constitucionales como el art. 362, 182, 66.1, 32 de la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 1, 4 y 5 de la Convención Americana de derechos de los cuales el Ecuador es asignatario".- **4.2.-** El doctor Arturo Donoso Castellón, quien en representación del Fiscal General del Estado, manifiesta: "Que, cuando se toma una decisión hay que mirar en la decisión el mayor bien del conglomerado colectivo y social del Estado, porque lo penal es esencialmente público y social, interesa a todos y si el día de mañana no se pone una situación en donde se demuestre que la justicia exige el cumplimiento de cada uno de nosotros en el rol que nos toque cumplir con responsabilidad, adultez, seriedad, se abre la puerta a la impunidad, se genera un malestar social, hay una especie de decaimiento moral, la gente, los ciudadanos, el común de los mortales creen que no pueden confiar en aquellos que ejercen la autoridad en los diferentes campos del ejercicio de la autoridad, por eso su intervención se centra en solicitar que haya la debida proporción entre el daño ocasionado en la forma que en el proceso consta, porque lo contrario se estaría haciendo una indebida aplicación de la Ley, aplicar atenuantes, cuando a lo mejor las atenuantes no pueden operar por ser ejemplificativos; ni las agravantes, no constitutivas ni modificatorias de la infracción porque son propias del tipo; sino las agravantes propiamente dichas" **4.3.-** El doctor Héctor González Silva Hernández, abogado

defensor de Ramón Oscar Uquillas Freire; que en lo principal, manifiesta: “Que el doctor Oscar Alfredo Uquillas Freire, médico educado en el exterior obtuvo su título en la República de Uruguay y su certificado de el de noviembre del 1986, como especialista en ortopedia y traumatología, documento que pone a la vista de la acusación y la Fiscalía, de la misma manera incorporó una copia del original legalizado ante Notario del carnet profesional que le confiere el Colegio de Médicos de Pichincha, al doctor Oscar Alfredo Uquillas Freire, como especialidad de ortopedia y traumatología, una vez más sobre los antecedentes del doctor Alfredo Urquillas, conferidos por los Juzgados del Distrito Metropolitano de Quito y solo para confrontar este documento ha solicitado que le proporcionen una copia del carnet médico otorgado por el Colegio de Médicos de Pichincha, a favor del doctor Paterman, reconocido cirujano, cuyo antecedentes deben constar en el Colegio Médico, para que se le extienda la certificación, de tal suerte que se ha demostrado que el doctor Uquillas, es un especialista y no como se lo ha maltratado una vez más por parte de la acusación. Que ha escuchado con atención la exposición del señor doctor de la acusación particular, como del doctor Donoso del Ministerio Fiscal, y ninguno de los dos han fundamentado el recurso de casación, porque en forma alguna han cumplido los 4 requisitos previos, para la procedencia del recurso de casación en relación con las disposiciones de la violación de la Ley, porque ninguno de los dos, ha identificado la sentencia con señalamiento de fecha, día, hora, fecha de la notificación, partes intervinientes en el proceso y sentencia pronunciada, siendo este el primer requisito; que ninguno de los dos ha hecho una relación sucinta de los hechos probados en el proceso; ninguno de los dos ha expresado o han indicado la norma violada, la misma que debió ser lógica y debidamente fundamentada sobre la precisión en el que avala su recurso y ninguno de los dos ha cumplido en esta fundamentación explicando los fundamentos jurídicos del recurso de casación, esto es, mencionar las normas violadas para luego recién ingresar en el análisis de la violación de la ley por cualquiera de las tres causales.” **QUINTO: MARCO JURÍDICO:** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la senten-

cia casada: **5.1.- Normativa Constitucional.**

**5.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, artículo 11.-

**5.1.2.-** La Constitución reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad formal, la libertad, entre otros, establecidos en los artículos 66, numerales 1, 3, 4; y, 29.a.b.c.d. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de intermediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, reglas señaladas en el artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema.-

**5.1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales, se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también de las víctimas del delito conforme a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del

artículo 11 ibídem. **5.1.4.-** El artículo 82 de la Constitución de la República, establece: “El Derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.- **5.1.5.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades<sup>141</sup>, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad<sup>142</sup>, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.- **5.2.- Normativa Sustantiva.-** El artículo 459 del código Penal, manifiesta: “Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o precaución, pero sin intención de atentar contra otro”. En tanto el artículo 460 del mismo cuerpo legal, establece: “El que inintencionalmente hubiese causado al muerte de otra persona, si el acto no estuviere mas severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.- **5.3.- Normativa sobre casación penal.-** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **5.4.- Normativa internacional.- 5.4.1.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.-** Al respecto es menester referirnos a algunas disposiciones de esta Convención: **“Artículo 4. Derecho a la Vida.-** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. **Artículo 5. Derecho**

**a la Integridad Personal.-** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. **Art. 8.- Garantías Judiciales.-** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí misma ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y, h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para

<sup>141</sup> Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>142</sup> Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

preservar los intereses de la justicia.- **5.4.2.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.-** Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. **Artículo 3.-** Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. **Art. 8.-** Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. **SEXTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.- 6.1.-** El Recurso de Casación es extraordinario y formal, las causales para que opere el recurso, son específicas y, en nuestra legislación, se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: **“El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”**<sup>143</sup>. En relación al recurso de Casación, Jorge Enrique Torres Romero y Manuel Guillermo Puyana Mutis, expresan su criterio diciendo: **“La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como, una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”; “La casación, es un instituto judicial consistente en un órgano único en el estímulo que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, solo 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 utilizable contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”**<sup>144</sup>. Siendo un recurso limitado, permite únicamente el control in iure, lo que significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se analizará, si el tribunal habría incurrido en una lesión al derecho material o formal.<sup>145</sup> **6.2.-** El recurso de casación fundamentalmente, es para que los recurrentes confronten lo que está establecido en la sentencia, y por ello los jueces de casación tenemos la facultad de corregir los errores de derecho en los cuales hayan incurrido los juzgadores, a fin de construir una jurisprudencia uniforme y dar seguridad jurídica a la sociedad, para que los preceptos contenidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en las Leyes del Estado se puedan cumplir, de manera armónica y que esto lleve a la realización del bien común. **6.3.-** En este sentido corresponde al recurrente, a través de su fundamentación acreditar suficientemente la violación de la norma jurídica contenida en la sentencia, a fin de que los jueces de casación podamos, en merito a los argumentos técnicos realizados por el recurrente, y conforme a Derecho, subsanar la violación referida, siempre y cuando cuente con la convicción necesaria para el caso. Por ello, hay que establecer, que la sola enunciación de las normas que se creen violentadas, no constituye fundamentación técnica suficiente, por tanto, no puede ser motivo, para llegar a la anulación de la sentencia atacada, ya que la fundamentación debe contrastar la norma que se cree violentada, las causales establecidas para la procedencia del recurso y lo manifestado por el juzgador en la sentencia, a fin de, lograr la certeza de lo argumentado. **6.4.-** En

<sup>143</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.- Art. 349.

<sup>144</sup> CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL. EVOLUCIÓN Y GARANTISMO.- Bogotá, Colombia, 2008. P. 20.

<sup>145</sup> CORDOVA, Gabriela E. y PASTOR, Daniel R., Derecho Procesal Penal. Buenos Aires-Argentinas, Editores del Puerto, 200, pp. 466.

\*\*\* La lex artis la constituyen los criterios a partir de los cuales, se debe regir un facultativo médico, considerándose como mala praxis medica, los casos en los que la actuación del facultativo no se encuentre entre los mismos. La lex artis es definida por los propios facultativos médicos, las universidades, los colegios de médicos, academias y sociedades científicas que aportan su conocimiento de la ciencia de la medicina y van estableciendo unas pautas y protocolos a seguir.

La lex artis se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la lex artis cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido.

El Profesor J. Jornetn se expresa así: “Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de malpraxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias”.

el ámbito de los delitos culposos, debemos tener claro que lo reprochable de la conducta no es la conducta delictiva (cualquiera que llegase a ser el tipo penal acusado), esto por el nivel de alarma que logra generar en la sociedad, sino más bien el resultado obtenido de una acción aunque consentida, lesiva a un bien jurídico, por el aumento en el riesgo permitido (inobservancia de normas y/o reglamentos). Es así que siendo el resultado, la muerte de una persona, el artículo 460 del Código Penal, sanciona el homicidio sin intención de causar la muerte de otro, con una pena más leve que en los demás casos de delitos contra la vida, ya que, en la especie el elemento objetivo "dolo", no concurre a la acción típica, más aun cuando el resultado se configura del ejercicio de la profesión. **6.5.-** *"En el marco de las actividades quirúrgicas, cuando se somete al paciente a una intervención, una operación (cualquiera que esta sea), el riesgo que se produzca un resultado fatal es insito a ella, dependiendo de la complejidad y la naturaleza de la misma, y si esto finalmente acaece, la muerte del paciente, habrá que advertirse, si la actividad del galeno se sujetó a la lex artis\*\*\*"*<sup>146</sup>. *"Entonces lo que interesa, para poder calificar una conducta como un delito culposo, es que la conducta haya inobservado una norma de cuidado, y que esta a su vez haya generado un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico tutelado"*<sup>147</sup>. **6.6.-** Analizada, la sentencia recurrida, las normas penales infringidas, que en su intervención, en la audiencia oral, hiciera alusión el defensor del casacionista; así como las intervenciones de los demás sujetos procesales, se llega a la conclusión de que la sentencia venida en grado no viola ningún precepto legal, en las circunstancias en que se anota, según la fundamentación del sentenciado Ramón Oscar Uquillas Freire, en la que manifiesta que se ha violado la ley, por cuanto no se ha aplicado el artículo 460 y 408 de la Constitución de la República, de lo que este Tribunal establece que la sentencia es motivada, que reúne los requisitos del artículo 309 del Código Adjetivo Penal, que el juzgador cumplió con lo dispuesto en el primer artículo innumerado colocado a continuación del artículo 304 del Código Procedimiento Penal, esto es, que la sentencia se encuentra motivada,

que se encuentra comprobada con certeza la existencia del delito y que el procesado es el responsable del mismo. **6.7.-** La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la 'buena voluntad'. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto. Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo. El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la

<sup>146</sup> PEÑA CABRERA FREIRE, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. I. Lima-Perú. 2010. pp. 139.

<sup>147</sup> PEÑA CABRERA FREIRE, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. I. Lima-Perú. 2010. pp. 83.

integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia. El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. **6.8.-** para determinar dónde principia y dónde termina la responsabilidad penal médica, no debe ser ni excesivamente liberal, ni extremadamente severa. Lo primero llevaría a consagrar la impunidad, lo cual sería un grave peligro para el enfermo; lo segundo, implicaría hacer imposible la práctica de la medicina, porque como en todo acto humano, existe la posibilidad del error. Es necesario mencionar el concepto de error médico. Éste puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado 'estado de necesidad', que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio. La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente. No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso. El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable

al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada. En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias: a) El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia), b) Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia), c) Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia). Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto). **6.9.-** Siendo en la especie un hecho lesivo, por su resultado, y no por el designio de causarlo (injusto imprudente o delito culposos), este Tribunal debe, en mérito de velar por la correcta aplicación de las normas constitucionales y legales, establecer si la sanción impuesta al sentenciado esta conforme al delito acusado; si bien es cierto, "La vida", es un bien jurídico de primer orden, de cual dimana el ejercicio de los demás derechos fundamentales, el caso sub judice, denota el actuar imprudente del sujeto activo de este delito, al no tomar en consideración lo que la Lex Artis manda y que ha sido referido en los considerandos precedentes. Así mismo, esta falta de voluntad de irrogar daño al bien jurídico vida, establece la poca peligrosidad del sentenciado para la sociedad, siendo así, no podemos dejar de lado, que se trata de una persona que no requiere mayormente de un intenso proceso rehabilitador, y que la estancia prolongada en prisión produciría estragos en la personalidad del penado e incurriríamos en una vulneración de los derechos del acusado, realizando un uso excesivo del ius puniendi estatal. En cuanto a que debe aplicarse la proporcionalidad, en este caso creemos, siendo el sistema penal ecuatoriano, en cuanto a la aplicación de penas, parcialmente indefinido,

imponiendo para cada caso un mínimo y un máximo, límites que además están sujetos a la concurrencia de atenuantes y/o agravantes, y con reglas preestablecidas para su aplicación, por lo que, quien impone una condena, al hacerlo, debe observar la concurrencia o no de estas circunstancias; en el presente caso, el juzgador no violó tal proporcionalidad, debido a que la sanción impuesta está dentro de los límites contemplados dentro de la normativa penal, así el artículo 460 del Código Penal impone una sanción, la misma de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 73 del Código Penal, no habiendo, en este caso, violación a la ley que deba ser corregida, vía Casación. **SÉPTIMO.- DESICIÓN DEL TRIBUNAL DE LA SALA.-** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especia-

lizada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR , Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara que el recurso de casación interpuesto por Pablo Arturo Roldan Bianculli, ES IMPROCEDENTE; en consecuencia, se lo RECHAZA y se dispone devolver el proceso al Tribunal de origen, para la ejecución de la sentencia.- **Cúmplase y Hágase Saber.- DR. WILSON MERINO SÁNCHEZ, JUEZ NACIONAL PONENTE; DR. JORGE M. BLUM CARCELÉN JUEZ NACIONAL; DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS JUEZ NACIONAL. CERTIFICO.- Dr. Honorato Jara Vicuña SECRETARIO RELATOR.**

### 3.2.6. Juicio Nº 843-2011

**Asunto:** Robo Calificado

**Juez Ponente:** Dr. Wilson Merino Sánchez

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-**

Quito, 27 de Julio de 2012; las 14h00.- **VISTOS:** Los procesados Oscar Rodríguez, Edison Paredes, Diego Bolaños y la Dra. Narcisa Tapia Guerrón, Fiscal Provincial del Carchi, interponen recurso de casación de la sentencia pronunciada el 8 de septiembre del 2011 a las 10h00, que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Carchi el 17 de mayo de 2011, las 17h10, en la cual se condena a los ciudadanos Diego Bolaños Guancha, Edison Ramiro Paredes Reina y Edgar Alexander Guancha Rosero, por considerarlos coautores del delito tipificado en el Art. 550 y sancionado por el inciso final del Art. 552 del Código Penal en vigencia, imponiéndoles la pena de VEINTICINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, para cada uno de ellos, sin consideración de atenuantes; y la reforma en lo referente a Oscar Fernando Rodríguez Burbano, en la cual se acepta en parte su recurso de apelación, y se le impone la pena de DOCE AÑOS SEIS MESES DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, como cómplice del delito. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JU-**

**RISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, razón por la cual este Tribunal declara la validez de lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** Mediante denuncia presentada por el señor Dr. Eduardo Camilo Noguera Martínez, llega a conocimiento de la Fiscalía que: El día veintiséis de junio del dos mil diez, se produjo la desaparición de su padre José Manuel Noguera Acosta, por lo que luego de realizar varias diligencias tendientes a su localización, fue encontrado el día veintisiete de junio del referido año, en el sector “La Palizada”,

y junto con personal de criminalística se ha procedido a efectuar el levantamiento del cadáver de José Manuel Noguera Acosta, a quien le habían robado el vehículo de su propiedad marca Chevrolet Aveo. Con estos antecedentes el señor Fiscal en la audiencia de formulación de cargos da inicio a la instrucción fiscal en contra de Diego Bolaños Guancha, Edison Ramiro Paredes Reina, Edgar Alexander Guancha Rosero y Oscar Rodríguez Burbano, ya que determina la presunta existencia del delito previsto en el Art. 552 del Código Penal. En el parte policial consta que los Agentes de la Policía Judicial del Carchi, indican que en el sector de "La Palizada", procedieron al levantamiento del cadáver, de quien en vida se llamó José Manuel Noguera Acosta, de 80 años de edad, encontrado en el interior de una zanja cubierto de vegetación, con presencia de sangre y sus brazos tras la espalda atados con un cordón de color negro. Los peritos de Criminalística presentes en el lugar de los hechos, describen a la escena como "abierta", ubicada al Sur-Oriente de la ciudad de Tulcán, localizándose en una vía de tercer orden, siendo un lugar despoblado, agreste y sin alumbrado público. El cadáver encontrado presentaba múltiples heridas de diversas dimensiones ocasionadas por arma blanca. El informe de la autopsia practicada por los peritos médicos legistas, en la persona del referido occiso, determinan como causa de muerte: "...shock neurogénico ocasionado por traumatismo craneo encefálico grave y facial severos que ocasionan hemorragia intra y extracranial agudas...", además de politraumatismos contundentes y múltiples heridas por todo el cuerpo. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El recurrente Oscar Fernando Rodríguez Burbano, por intermedio de su abogado defensor, doctor Luis Quiroz, fundamenta el recurso de casación, quien en lo principal manifestó que: "Se viola el debido proceso, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 119 del Código de Procedimiento Penal inciso tercero, que estipula se recepte el testimonio urgente con excepciones; y en diligencia sin observancia de ninguna naturaleza se recibe el testimonio urgente de Rubén Darío Fernández, quien les pidió en venta el vehículo, violándose además el Art. 139 del Código de Procedimiento Penal, que dice se puede recibir testimonio urgente solo en la etapa de instrucción fiscal y este testimonio se receptó antes de que se termine el inicio de dicha

instrucción, por otra parte se viola el Art. 273 del Código de Procedimiento Penal, porque para la recepción de un testimonio urgente debe señalarse día y hora en que debe receptarse, por lo principios de inmediación y contradicción que tiene la otra parte para hacer valer sus derechos. Se viola el Art. 76 literal j del Constitución, porque determina que los testigos y los peritos que hubieren intervenido en un proceso tienen la obligación de comparecer, lo cual no sucedió; pero en la sentencia de primera y segunda instancia le dan validez a ese testimonio. En cuanto a su fundamentación, alega que en la sentencia los señores jueces de la Corte Provincial, analizan todos y cada uno de los hechos, y en la audiencia de juzgamiento son llamados a rendir sus testimonios todos los policías que intervinieron en la investigación y dado el silencio presentado por Diego Bolaños y Alexander Guancha que en su versiones iniciales judicializadas, dicen que en realidad sucedió todo lo narrado anteriormente. La Corte pese a que no existe una debida motivación, y de acuerdo al principio de supremacía constitucional que se encuentra estipulado en los artículos 424 y 426, menciona que los jueces están en la obligación directa de aplicar las disposiciones constitucionales, siendo que la motivación consiste en individualizar la participación de los agentes, la sapiencia de la sana crítica a que se refiere el artículo 86. Existe falsa aplicación de la ley, toda vez que no hay un nexo causal entre la parte considerativa y resolutive; para lo cual procede a dar lectura de la parte pertinente en la sentencia: "Las tres personas Diego Bolaños, Edison Ramiro Paredes y Alexander Guancha, son las personas que participaron en el delito tipificado en los Arts. 550, 552 inciso tercero del Código Penal... y en lo que respecta a Oscar Fernando Rodríguez Burbano, ésta Sala considera que adecuó su conducta a la comisión del mismo delito, pero en el grado de cómplice, porque no se lo puede colocar en el grado de coautoría aduciendo que inobservó las disposiciones del artículo 12 del Código Penal, este artículo dice que él pudiendo haber evitado la consumación de la muerte del señor Noguera, no lo hizo; pero esto era imposible porque si no lo mataban a él, otro punto es no impedir el acontecimiento cuando tenía la obligación de hacerlo, siendo que su vida estaba de por medio; además de que se encontraba físicamente impedido para actuar de otro modo, por lo tanto

para los señores jueces, él cooperó indirecta y secundariamente en la ejecución punible y terminan sancionándolo con lo estipulado en los Arts. 43 y 47 del Código Penal. Luego procede a analizar el Art. 43 del Código Penal, que dice: son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan en la ejecución del acto punible por medio de actos anteriores o simultáneos, el razonamiento que hacen los magistrados de la Corte Provincial del Carchi es el correcto, al decir que “no conocía lo que ellos iban a realizar”, por lo tanto, se pregunta dónde está lo que el señor coopera con actos anteriores, o con actos simultáneos. Por lo que solicita a la Sala se advierta, que se hizo una indebida aplicación, ya que la complicidad y la premeditación se da cuando éste conoce con anterioridad lo que sucederá y se somete a ello, en cambio el encubridor es la persona que guarda el silencio, presta la debida colaboración y se guarda en secreto lo que conoce, y es lo que pasó con el señor Rodríguez, no denunciando a la policía nada, lo cual ocurrió por lo manifestado anteriormente, pues corría peligro él y su familia. Que se debe tomar en cuenta la peligrosidad de la persona, mencionando que su defendido estuvo en Quito haciendo el curso para ingresar a la policía y si bien es cierto no participó ni comunicó a su familia nada de lo ocurrido, también se debe considerar que los señores colombianos son los autores intelectuales del ilícito, razón por lo que existe una indebida aplicación de la ley, y no se puede aplicar el artículo 43 del Código Penal, porque esa corresponde a la figura del cómplice; y en este caso por el hecho de no denunciar a tiempo, su conducta se adecúa a la figura típica de encubridor, razón por la que solicita: 1. Que si bien no es una etapa de prueba, consigna por secretaría lo que había manifestado al principio, es decir que se trata de un joven estudiante que estaba en la ciudad de Quito preparándose a distancia en la UTE, y prestando su contingente en la biblioteca de la cárcel; sin embargo debe considerarse las atenuantes 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal, ya que demostró ser un muchacho de buena conducta anterior y posterior al delito. Que no se trata de una persona peligrosa. Bajo el principio de oficiosidad inmediata de que habla el artículo 11.3.8 de la Constitución de la República y el artículo 426 *ibídem*, las autoridades están en la obligación directa de aplicar lo que dicen los principios internacionales, como

exige el artículo 2 de la Convención de Derechos Humanos y artículo 9 del Pacto de San José. Con toda esta situación presentada, refuta lo que dice el acusador particular, en lo que respecta a que jamás existió la voluntad de robar el vehículo, integrar la pandilla y matar. Alega que para dictar una sentencia es preciso analizar hasta los movimientos que hacen los sujetos activos y pasivos del delito, y su cliente no participó en él sino que trató de evadirse. Se aplicó indebidamente lo estipulado en el artículo 349 al violarse el derecho que le asistía al señor Rodríguez, porque él no denunció. Por lo que de acuerdo artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, solicita se case la sentencia y se considere la situación jurídica por no ser cómplice, pues lo único que hizo es ocultar el cometimiento del delito que lo lleva al grado de encubridor”. **QUINTO: INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA.-** El Doctor Raúl Garcés Llerena, Delegado del señor Fiscal General del Estado, en la Audiencia llevada a efecto, en lo principal, manifestó: “Este recurso únicamente es respecto del procesado Oscar Fernando Rodríguez Burbano, a quien la Sala Penal de la Corte Provincial del Carchi, lo sentencia en grado de cómplice por el delito tipificado y sancionado en los Arts. 550 y 552 inciso final del Código Penal, por robo calificado con muerte del señor José Manuel Noguera Acosta. Que los hechos se presentan, por cuanto los señores Diego Eduardo Bolaños Guancha, Oscar Fernando Rodríguez Burbano, Edison Ramiro Paredes Reina y Oscar Alexandre Guancha Rosero proceden luego de una reunión donde ingirieron licor, a contratar los servicios de un taxi, en este caso el vehículo conducido por el hoy occiso José Manuel Noguera, llevándolo a un lugar despoblado llamado “La Empalizada” donde proceden a asesinarlo.- Que los cuatro procesados fueron los que desde un inicio planificaron contratar un auto para posteriormente robarlo, como así lo hicieron, contrataron este vehículo conducido por el señor José Manuel Noguera, a quien luego de asesinarlo lo dejaron botado en una zanja, para dirigirse inmediatamente a la ciudad de Ipiales.- Que posteriormente hacen unas negociaciones con el vehículo, pero luego se llega a establecer por la policía que los procesados fueron los autores del asesinato. Siendo estos los antecedentes del hecho.- Que en relación a la fundamentación ha interpuesto el recurso de casación respecto de la sentencia

dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Carchi, que reformó la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del Carchi, que lo imputaba como autor del delito y en su lugar lo acusaron como cómplice del mismo; señala que se ha violado la ley por haberse hecho una falsa aplicación, y haber interpretado erróneamente el artículo 552 inciso final, respecto al artículo 42 del Código Penal que refiere a que el señor Oscar Rodríguez, también participó desde un inicio, planificando y trasladándose con los cuatro procesados en la comisión del asesinato; en virtud, de lo cual la Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Carchi, dicta sentencia violando el principio Constitucional del artículo 76 numeral 7, literal I) de la Constitución de la República, así como la norma contenida por el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, que habla sobre la motivación de la sentencia al no haber enunciado los principios jurídicos en que se funda esta reforma, tampoco encontrarse analizada la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho, además considera que la Corte Provincial del Carchi, violó las normas contenidas en los Arts. 85, 86 y 87 del Código de Procedimiento Penal, contrariando las reglas de la sana crítica e interpretando erróneamente la norma del Art. 550 y 552 inciso final con el Art. 42 del Código Penal. Por lo tanto la Fiscalía solicita a la Sala, que enmendando estas violaciones a la ley, en que ha incurrido la Corte Provincial del Carchi, case la sentencia y declare al señor Oscar Fernando Rodríguez Burbano en el grado de autor del delito de robo calificado, tipificado y sancionado en los Arts. 550 y 552 del Código Penal; sin embargo en virtud de que existe la interposición del recurso y la norma constitucional refiere a que no se puede agravar la situación, la fiscalía estima que los señores jueces, tendrán la potestad de mantener el grado de cómplice o podrán declarar culpable al procesado". **SEXTO: BASE JURÍDICA.-** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada: **6.1.- Normativa Constitucional. 6.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan

de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, artículo 11.- **6.1.2.-** La Constitución reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad formal, la libertad, entre otros, establecidos en los artículos 66, numerales 1, 3, 4; y, 29.a.b.c.d. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de intermediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, reglas señaladas en el artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema.- **6.1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tenemos el deber de velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también de las víctimas del delito conforme a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **6.1.4.-** El artículo 82 de la Constitución de la República, establece: "El Derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".- **6.1.5.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos

los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades<sup>148</sup>, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad<sup>149</sup>, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.- **6.2.- Normativa Sustantiva.-** El artículo 550 del Código Penal, establece: “El que, mediante violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad”. Mientras que el artículo 552, manifiesta en su parte final: “Si las violencias han causado la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años” **6.3.- Normativa sobre casación penal.-** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **6.4.- Normativa internacional.- 6.4.1.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.-** Al respecto es menester referirnos a algunas disposiciones de esta Convención: “**Artículo 4. Derecho a la Vida.-** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.-** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con

el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. **6.4.2.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.-** Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. **Artículo 3.-** Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. **SÉPTIMO.- ANALISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL.- 7.1.-** El Recurso de Casación es extraordinario y formal, las causales para que opere el recurso, son específicas y, en nuestra legislación, se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: “El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”<sup>150</sup>. En relación al recurso de Casación, Jorge Enrique Torres Romero y Manuel Guillermo Puyana Mutis, expresan su criterio diciendo: “La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”; “La casación, es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estímulo que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, solo 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 utilizable contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”<sup>151</sup>. Siendo un recurso limitado, permite únicamente el control in iure, lo que significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se analizará si el tribunal habría incurrido en una lesión al derecho material o formal<sup>152</sup>. **7.2.-** El recurso de casación siendo extraordinario sirve

<sup>148</sup> Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>149</sup> Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>150</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.- Art. 349.

<sup>151</sup> CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL. EVOLUCIÓN Y GARANTISMO.- Bogotá, Colombia, 2008. P. 20.

<sup>152</sup> CORDOVA, Gabriela E. y PASTOR, Daniel R., Derecho Procesal Penal. Buenos aires-Argentinas, Editores del Puerto, 200, pp. 466.

para que el Tribunal de Casación examine la sentencia y entonces pueda verificar si la misma ha sido emitida bajo los lineamientos que exige la Constitución y la Ley; por ello es que el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ha establecido las tres causales por las cuales procede la corrección de una sentencia vía Casación. La no presencia de los recurrentes, y la consecuente no fundamentación impide que este Tribunal analice las violaciones de los alegados, por lo que, de conformidad a lo establecido en el artículo 326 numeral 1 del código de Procedimiento Penal, **DECLARA EL ABANDONO** de los recursos de casación presentados por los señores Diego Eduardo Bolaños y Edison Paredes. **7.3.-** En tanto, el recurso de casación presentado por el sentenciado Oscar Rodríguez, por las supuestas violaciones de derecho con las que hay que confrontar la sentencia, el recurrente manifiesta que su conducta se encontraría adecuada a la figura del encubridor y no así en la de cómplice, que es la que la Sala de la Corte Provincial del Carchi, le imputaría, a fin de imponerle una pena, más leve que a los demás participantes del hecho, este Tribunal considera que no existe violación a la ley en los presupuestos del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal **SE RECHAZA EL RECURSO PRESENTADO, POR EL SENTENCIADO OSCAR RODRÍGUEZ.** **7.4.-** En cuanto al recurso de casación presentado por la Fiscalía General del Estado, a través de su representante del lugar donde ocurrieron los hechos, el Tribunal anota lo siguiente: **7.4.1.-** El delito por el que se llegó a sentenciar al hoy recurrente, no es el de asesinato, en donde sí importaría la participación de cada uno de los sujetos activos del delito que haya tenido en el acto de victimar al dueño del vehículo que fue sustraído. Si fuese un delito de asesinato importaría quién amarró a la víctima, quién la apuñaló y quien de forma espeluznante y repugnante se sentó en su rostro para supuestamente acelerar su muerte, se recuerda que, la responsabilidad penal es de carácter personalísima, por tanto el dolo

que concurre a este tipo penal es específico, por lo que mucho importaría, la voluntad de cada partícipe en el designio de causar la muerte de la víctima, es así, que el artículo 13 del Código Penal, establece: “*El que ejecutara voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varié el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender*”. Por ello, no hay que perder de vista que el delito perseguido es el de robo y por lo tanto lo que hay que analizar, es quiénes tomaron parte en ese delito de robo con resultado muerte. La doctrina, establece que quienes tengan el dominio del hecho o del acto, participan de manera principal y además directa en la comisión del delito.<sup>153</sup> Tratadistas ecuatorianos como Zabala Baquerizo establecen que quien prevé que se pueda usar la violencia en un acto, como el robo, responde por el resultado, aunque solamente uno de los partícipes ejecute la violencia que produce, como en el caso sub júdice, la muerte; es decir, no puede cuestionarse -desde lo fáctico- que existió una convergencia intencional al hecho común; la cual incorporó el conocimiento de la posible utilización del arma por parte del otro coautor; lo que da fundamento suficiente para la imputación a título de robo calificado (o agravado) con resultado de muerte y permite descartar todo posible exceso imputable al coautor que desplegó la violencia homicida. Por tanto, estimamos que la Corte Provincial de Justicia del Carchi, aplicó indebidamente el artículo 43 del Código Penal Ecuatoriano, pues la conducta de Oscar Rodríguez encaja en lo preceptuado en el artículo 42 de dicho cuerpo legal, esto es que su participación es principal y directa en el cometimiento del delito de robo, del cual resultare una muerte. **7.5.-** Este Tribunal deja constancia que disiente de la opinión de la fiscalía en cuanto a que no se puede aplicar el *reformatio in pejus*, haciéndose necesario el siguiente análisis: Es verdad que, cuando se da una *reformatio in bonus (melius)*, como la que aplicó la Corte Provincial de Justicia de Carchi, no se crea

<sup>153</sup> Creus en su análisis a la Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires, deduce: Que la mayoría entiende que es irrelevante el grado de participación que le cupo respecto de la muerte del sujeto pasivo de la infracción ya que basta que esta se produzca con motivo u ocasión del robo para que se aplique la figura a todos los partícipes. Edgardo Donna, por su parte, manifiesta que el grado de participación debe analizarse con respecto al robo y no a la muerte. Entiende que la única forma de respetar el principio de culpabilidad consiste en que el resultado muerte aparezca unido al robo como parte de la acción primera y unido a la intención del autor.

ninguna discusión en torno de tal decisión, pues, se ha llegado a creer que, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, todo cuanto favorezca al justiciable es bueno; y, por antonomasia, cuanto lo perjudique es malo; pero, no siempre esa suposición es verdadera; pues, de entenderse así, perderíamos el horizonte de justicia que encarna el objetivo del sistema procesal, tal como lo establece el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador. No es cierto que reformar en perjuicio del encartado esté prohibido; pues, si así fuera (a menos de que sea el único recurrente), significa que la Corte Nacional de Justicia deba desatender un recurso presentado por un sujeto procesal diferente al sentenciado -en este caso la Fiscalía General del Estado- y así dejar infra valorado un delito. Eso devendría en injusticia, porque la Fiscalía, que ha recurrido y fundamentado su recurso, hace tal porque siente que la sentencia atacada le causa gravamen, y, precisamente con el recurso interpuesto, pretende que la sociedad ecuatoriana reciba de esta Corte Nacional de Justicia y de sus Jueces, sentencias justas, que, tal como establece el artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, sentencias que conserven y recuperen “la paz social”. La Corte Constitucional de la República del Ecuador, se ha pronunciado a este respecto, en los términos que siguen: “¿Existe el principio *non reformatio in peius*, cuando recurren todas las partes procesales? Los legitimados activos, entre los fundamentos de su acción extraordinaria de protección, esgrimen el hecho de que la sentencia recurrida y que fue pronunciada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ha agravado su situación jurídica, pues el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo los sentenció a dos meses de prisión correccional; sin embargo, luego de haber interpuesto el recurso de casación, la Corte Nacional procedió a sentenciarlos a la pena de un año un día, es decir, se agravó su pena. La Corte Constitucional observa que la imposición de la pena en incremento de la sancionada por el Juez de instancia se produce como fruto de la aceptación parcial del recurso de casación interpuesto por la acusadora particular, parte procesal que también interpuso dicho recurso. Este hecho, de la existencia del recurso de casación interpuesto por las partes, de manera indistinta, y que conlleva que rechazándose el uno y aceptándose parcialmente el otro se san-

*cione con una pena mayor a la establecida por el Juez a quo, será entendida como una violación al principio reformatio in peius, como lo sostienen los legitimados activos. Al respecto, es necesario formular las siguientes consideraciones: El artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República, manifiesta: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”. Esta disposición recoge el doctrinario principio de la institución reformatio in Peius, pero ¿el alcance de esta disposición, subsistirá de la misma forma cuando los recurrentes sean las partes procesales de manera indistinta? Martín Minardi, al hablar de esta institución, manifestaba “...la prohibición de la reformatio in peius significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado, su representante legal o la fiscalía a su favor”. Eduardo Couture, en su obra Fundamentos del derecho Procesal Civil, ha definido la misma señalando que: “consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario”. El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, vigente a la fecha de inicio del proceso y de interposición del recurso de Casación, en su artículo 328, manifiesta: “Ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente”. Luego de las reformas efectuadas al Código Adjetivo Penal, de marzo del 2009, el artículo 328 establece: “Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente”. De la lectura de las disposiciones, y siguiendo la norma de interpretación restrictiva que debe darse en materia penal, claramente se desprende que cuando son las partes las que han recurrido en forma indistinta el Juez a quem, dentro de la aplicación del principio de Tutela Judicial Efectiva, puede reformar la situación jurídica procesal, lo que deberá entenderse que no constituye una violación a la institución *non reformatio in peius*, pues ha ocurrido que ante el Superior existe una confrontación de tesis y es sobre esa base que el Tribunal de Alzada va a resolver y aceptar el recurso de una de las partes y por ende desechar el otro al instante de resolver. N°*

permitir esta actuación procesal del Tribunal Superior, cuando existe el recurso indistinto de las partes, atentaría contra el principio de igualdad formal y material, y atentaría contra la tutela judicial efectiva, pues se desprotegería a uno de los recurrentes, motivo por el que la actual disposición adjetiva penal es clara al determinar que no se puede empeorar la situación del recurrente. En este orden de cosas se evidencia que la actuación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al instante en que, aceptando parcialmente el recurso de casación de la acusadora particular de los hoy legitimados activos, reformó la sentencia y los condenó a un año y un día de prisión por sobre los dos meses impuestos por el Juez de instancia, no constituye un atentado a la institución del reformateo in Peius y, por lo tanto, no contradice la norma constitucional del artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República.<sup>154</sup> **OCTAVO.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE LA SALA.-** Por las consideraciones expuestas este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”**, corrigiendo el error de derecho existente en la

sentencia recurrida, aceptando el Recurso interpuesto y fundamentado por la Fiscalía General del Estado, **CASA LA SENTENCIA** y declara que el procesado Oscar Fernando Rodríguez Burbano, es **AUTOR** del delito tipificado en el Art. 550, 551 y reprimido por el inciso final del Art. 552 del Código Penal Ecuatoriano, y lo condena a la pena de **VEINTE Y CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL**, sin atenuantes que considerar, por cuanto existen agravantes no constitutivas del tipo. Condena que se cumplirá en el Centro de Rehabilitación en el que se encuentra recluso, debiéndose descontar el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa. Con daños y perjuicios, en los términos que ya fue decidido por el Tribunal del Juicio. Ejecutoriada que sea esta sentencia, devuélvase al Tribunal de origen para el trámite de ley.- Actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada.- NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLEASE.- DR. WILSON MERINO SANCHEZ, JUEZ NACIONAL PONENTE; DR. JORGE M. BLUM CARCELEN JUEZ NACIONAL; DR. PAUL IÑIGUEZ RIOS, JUEZ NACIONAL. CERTIFICO: DRA. MARTHA VILLARROEL V. SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.2.7. Juicio Nº 535-2011 YP

**Asunto:** Injurias

**Jueza Ponente:** Dra. Ximena Vintimilla Moscoso

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.**

**Quito, 19 de Abril de 2012, las 10h00 VISITOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional, nombró y posesionó a 21 Jueces y Juezas Nacionales el 26 de enero de 2012 integró sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera, se-

gún los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo expuesto, correspondió el conocimiento del RECURSO DE CASACIÓN del juicio 535-2011YP, al Tribunal constituido por las señoras Juezas doctoras Ximena Vintimilla Moscoso y Lucy Blacio Pereira y por el señor Juez doctor Vicente Robalino Villafuerte y por sorteo realizado, la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso es la Jueza ponente según los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador y 141 del Código Orgánico

<sup>154</sup> ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION.

Resolución de la Corte Constitucional 31, Registro Oficial Suplemento 250 de 4 de Agosto del 2010.

Quito, D. M., 15 de julio de 2010

Sentencia Nº 031-10-SEP-CC

CASO Nº 0649-09-EP

de la Función Judicial. Para resolver la causa, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

**PRIMERA. COMPETENCIA.-** La Sala es competente para conocer y resolver sobre el recurso de casación, en virtud de lo que disponen: el inciso final del art. 183 de la Constitución de la República que dice: “La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito” art. 184, numeral primero que dice: “La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito”, art. 184, numeral primero que dice: “Serán Funciones de la Corte Nacional de Justicia: conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley” arts. 38, 172, 173, 178 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. En la tramitación del proceso no se advierte vicios que puedan afectar la validez de lo actuado. **SEGUNDA: ANTECEDENTES.-** El ciudadano Luis Alfredo Castro Guzmán, querellado (condenado), interpone a través de medio escrito recurso de casación respecto de la sentencia condenatoria dictada por la Segunda Sala Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Guayas, de fecha 25 de abril de 2011, las 15h30 en la que se le impone la pena privativa de libertad de seis meses de prisión y multa de usd. 25,00 por considerarlo autor del delito tipificado en el inciso segundo del art. 489 del Código Penal y sancionado en el art. 491 *ibídem*. El recurrente fundamenta la casación en los arts. 349-351 del Código de Procedimiento Penal y los arts. 1-6 de la Ley de Casación (Civil). **TERCERA: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** En la audiencia oral, pública y contradictoria, llevada a efecto el día martes seis de marzo de dos mil doce, a las diez horas con cuarenta minutos. El Dr. Lucio Fiallos Sánchez, defensor del recurrente Luis Alfredo Castro Guzmán, manifiesta que analizará los fundamentos básicos por el cual se ha pedido la casación de la sentencia ya que por un simple oficio que no contiene términos calumniosos se ha presentado una querrela, y el oficio era una denuncia para que se investigue por medio de la Contraloría General, al señor que quien ejercía las funciones de Rector Encargado. Después de esa introducción pasa a dar los fundamentos del recurso en relación a la sentencia dictada por la Corte Provincial del Guayas, donde hay un hecho que nulita la sentencia cuando hay

equivocación de persona, se nombra expresamente que el querrellado es el Dr. Luis Alfredo Castro Jiménez, y es Guzmán; por otro lado la defensa manifiesta que en la misma sentencia después de mencionar los nombres de los testigos que declararon cosas inciertas y que desconocían, ellos no conocían de los oficios que se habían proferido injurias, se dice que se está juzgando según la sentencia la comprobación de la infracción y la responsabilidad del querrellado y eso nulita y dicha expresión contradice la parte resolutive de la misma, por la cual se pide el recurso de casación, considerando que el Art. 4 del Código Penal que prohíbe en materia penal la interpretación extensiva el juez debe atenerse a la letra de la ley, el querellante y la sentencia dicen que el Art. 491 habla de injurias graves pero no es así, por consiguiente no está tipificado, así mismo en el Art. 490 se clasifican las injurias calumniosas como leves y no como graves. Según el Código Penal, nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle tipificado y en concordancia al Art. 52 del Código de Procedimiento Penal, el juez resolverá a base de los elementos, por lo que si se analiza las comunicaciones del 4 y 29 de diciembre de 2011 cuando se envía a la regional de la Contraloría, no existe ninguna injuria, ni calumnias, haciendo conocer a la institución para que se investigue, se concede acción popular para denunciar irregularidades en la administración pública, la sentencia está en contra de este principio al querer juzgar una simple denuncia como injuria o calumnia coartando el derecho que da la ley. Según el informe de la Contraloría de fecha 30 de noviembre de 2009, se envía una comunicación respecto al examen especial sobre la gestión del rector del colegio, y para colaborar con esta institución se envían los oficios que son materia de juzgamiento como calumnias e injurias. Si bien habían intenciones, la intención del sentenciado al mandar el oficio en relación al Colegio Julio César Lavalle para que se investigue la gestión de un funcionario por el hecho de pedir que quien dirige la institución se dice que se le está calumniando e injuriándolo. En dicho informe no se declara la inocencia del querellante, y en escritos posteriores dice que se lo está declarando inocente, porque si se lo investiga puede juzgarlo y el Contralor es un juez de cuentas. Dentro de la sentencia existen elementos de la nulidad porque se afirman que el querrellado ha

dicho y no existe en la sentencia que “es un pillos o un sinvergüenza el querellante” cuando en la contestación a la querrela, fue el querellante quien en una reunión de profesores, en la sentencia equivocadamente se dice que él le profirió las injurias. Por lo que se puede apreciar esa nulidad, de una sentencia que le impone prisión y multa en concordancia con la aplicación de los Arts. 489 y 491 del Código Penal. Las comunicaciones del 4 de diciembre de 2009, solo son expresiones del desenvolvimiento del colegio, dichas comunicaciones no guardan relación con las demás pruebas que obran del proceso. 2) Existe una indebida aplicación del Art. 304 del Código de Procedimiento Penal y cuando el tribunal tenga la certeza del cometimiento del delito, o la responsabilidad del procesado sobre tales hechos, este artículo obliga a los Juzgados para comprobar la existencia del delito de acción privada, de acuerdo al considerando 2 y 3 de la sentencia no se ha cumplido. No existe tipicidad de injurias graves y se fundamenta en falsas interpretaciones. Además la sentencia no cumplió con el Art. 1 del Código de Procedimiento Penal, hay falta de interpretación y se fundamenta en errores de la falsa interpretación, 3) La sentencia viola el 76 numeral 4 de la Constitución. Con lo expuesto la defensa solicita se case la sentencia para quienes pretenden usar la justicia en función de su beneficio personal, por lo que solicita se lo condene a daños y perjuicios. Se concede la palabra a la contraparte quien manifiesta que: En representación del Lcdo. Luis Adolfo Jiménez, el Dr. Carlos Enrique Flores Villegas rechaza e impugna la intervención del abogado, en la cual no se ha desvirtuado los hechos con la finalidad de confundirlos, constan los oficios de fecha 4 y 29 de diciembre, cuando la Dirección Regional de la Contraloría, hace una serie de denuncias contra el recurrente que estaba encargado del rectorado, y en esa calidad se apropió de implementos que le han servido para construir su casa, un vehículo. La Contraloría General del Estado concluye en cada paso de los puntos en cuanto a los materiales para construir su casa, pero no existe evidencia documental que se haya sacado material en la noche conforme a los documentos proporcionados, los bienes que indican en la denuncia no son de propiedad de sus hijos. Con todo eso se causó un daño irreparable en su vida personal y profesional ya que de su vida en el magisterio ha de-

mostrado transparencia, de los testimonios emitidos por sus compañeros se pudo corroborar que se ha escuchado en la junta de curso donde el querellado volvió a injuriar al defendido haciendo referencia al vehículo. Se ha demostrado que el querellado ha incurrido en los Arts. 489 y 491 de los delitos contra la honra, injurias calumniosas, jamás se la ha desvirtuado y no se ha fundamentado el recurso de casación. Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial por unanimidad, revocan la sentencia del inferior de 6 meses de prisión y multa por considerarlo autor del Art. 489 inciso segundo y reprimido en el 491, no se ha violado del derecho al querellado, todo está expresado y consta de autos, por lo que se demuestran las injurias calumniosas para que se declare improcedente el recurso el recurso conforme al Art. 358 debiendo devolver el proceso al tribunal de origen., por ser el autor del delito antes mencionado. Se concede la palabra para las respectivas réplicas y concluyen así las intervenciones de las partes. **CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.-** El derecho a la impugnación se encuentra contenido en: el art. 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas; ...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*, art. 14, numeral 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, que establece que *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley”*. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se encuentra estatuido en el art. 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República, en tanto que la casación propiamente dicha, como medio impugnatorio, se encuentra regulada en los arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. La doctrina reconoce que una de las garantías que tiene el ciudadano procesado, en desarrollo del debido proceso, es la de impugnar la decisión judicial que no comparta y que comprometa su derecho a la defensa. Derecho que en el Ecuador se extiende a todos los sujetos procesales. De otro lado, la casación consiste en un recurso o medio de impugnación extraordinario, especial y facultativo, mediante el cual una de las partes que

actúan en el juicio, expresamente autorizadas para tal efecto, y por alguna de las causales taxativamente determinadas en la ley procesal penal, demanda de la Corte de cierre un examen jurídico de una sentencia de segunda instancia que considere violatoria de la ley sustantiva, y en ocasiones de la ley procesal penal.<sup>155</sup> La naturaleza jurídica de la casación consiste en la constatación de la conformidad en derecho de la sentencia, por tanto no constituye de modo alguna instancia y tampoco resulta un nuevo análisis de la prueba actuada y desarrollada en juicio, para aquello existe en nuestro sistema procesal penal otros medios de impugnación de naturaleza específica (arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal) para la interposición y fundamentación del recurso de casación, con lo que se afecta el principio de legalidad adjetiva previsto en el art. 76, numeral 3 de la Constitución de la República que dice: *“Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*. Del mismo modo, en la alegación oral solicita la nulidad sin precisar la causal, desnaturalizando la esencia de la casación. Por su parte, la defensa del querellante sostiene que la sentencia impugnada es idónea cuando declara que el querellado ha incurrido en los arts. 489 y 491 del Código Penal, dentro de los delitos contra la honra, y acto seguido realiza una alegación sobre la valoración de la prueba que resulta impertinente y ajena al objeto de la casación. Se ha de considerar que, inicialmente la interposición que el querellado ha incurrido en los Arts. 489 y 491 del Código Penal, dentro de los delitos contra la honra, y acto seguido realiza una alegación sobre la valoración de la prueba que resulta impertinente y ajena al objeto de la casación. Se ha de considerar que, inicialmente, la interposición del recurso así como su fundamentación están sujetas al impulso del sujeto procesal (recurrente) conforme el principio dispositivo consagrado en el numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República. No obstante, la ley procesal penal (Art. 358) confiere al órgano judicial la facultad de casar la sentencia aun cuando el recurrente

haya equivocado la fundamentación del recurso. En la especie, el recurrente haya equivocado la fundamentación del recurso. En la especie, el recurrente no sólo equivoca la fundamentación que la realiza en base a ley procesal civil, sino que luego pretende la nueva valoración de la prueba mediante casación, cuestión que está expresamente prohibida por el art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La Sala, en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución de la República y la ley considera que en delitos de acción privada rige con mayor profundidad el principio dispositivo que desarrolla la premisa que la justicia es rogada, que cobra impulso a petición de parte<sup>156</sup> y que la formulación de la pretensión punitiva debe necesariamente expresarse a través de la querrela que debe precisar el tipo penal presuntamente infringido. En la especie, el ciudadano Luis Adolfo Jiménez Sesme, formula querrela por el genérico contenido en el art. 489 del Código Penal vigente que dice: *“La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”*, de cuyo texto se puede precisar que esta norma penal contiene dos modalidades de injuria con tipicidad propia, conforme la determinación de la calidad de la imputación efectuada en descrédito del pretense ofendido. Tal es así que conforme la gravedad de la imputación y la lesividad del bien jurídico se ha adecuado el marco de la punibilidad.<sup>157</sup> No obstante, la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en subsidio del querellante, sin petición de parte, subsume los hechos de la querrela en el inciso segundo del Art. 491 del Código Penal, es decir, si fue una injuria por escrito, en reuniones o lugares públicos, etc. Por lo que **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, este Tribunal casa la sentencia recurrida con fundamento en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal debido a que esta sentencia no está

<sup>155</sup> Cfr. Rodríguez Orlando, La Presunción de Inocencia. Principios Universales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, Medellín, 2002, pp. 631, 632.

<sup>156</sup> Cfr. Fleming Abel, López Pablo, Garantías del Imputado, RUBINAL CULZONI EDITORES, Buenos Aires, 2008, pp. 512-526

<sup>157</sup> Cfr. Donna Edgardo Alberto, Derecho Procesal. Parte General. RUBINAL CULZONI EDITORES, Buenos Aires, 2008, Tomo I, pp 113-136

debidamente motivada, ya que el Art. 489 contienen varias definiciones de injuria, y el querellante no especifica por cual de estas definiciones sustenta su acusación, por lo tanto, al declarar procedente el recurso se confirma el estado de inocencia del querellado Luis Alfredo Castro Guzmán y se dispone que se devuelva el expediente al

órgano judicial de origen.- NOTIFÍQUESE.- Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL. Certifico: Dr. Honorato Jara Vicuña SECRETARIO RELATOR DE LA SALA PENAL.

### 3.2.8. Juicio Nº 889-2010

**Asunto:** Injurias

**Ponente:** Dra. María Ximena Vintimilla

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.**

Quito, 29 de mayo de 2012.- las 18h00.- VISITOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal los recurrentes EDWIN AUGUSTO RIPALDA QUEVEDO y MAURICIO SERAPIO RAMIREZ, interponen recurso de casación de la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el día 30 de septiembre de 2010, a las 16h42, en la que se declara la culpabilidad de EDWIN AUGUSTO RIPALDA QUEVEDO, como autor del delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en los Arts. 489 y 490 y sancionado en el Art. 405, en relación con el Art. 491, del Código Penal con base al Art. 29 núm. 6 y 7 y Art. 73 ibídem se le impone la pena de **quince días de prisión** y una multa de seis dólares, de conformidad con el art. 82 ibídem se deja en suspenso la pena de prisión. Con daños, perjuicios y costas, honorarios profesionales en cien y doscientos dólares de los doctores Matías Ramírez y Edwin Jaramillo. Concluido el trámite y encontrándose la causa en el estado de resolver para hacerlo se considera: **I COMPETENCIA DEL TRIBUNAL 1.1.-** El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional, nombró y posesionó a los 21 Jueces y Juezas Nacionales el 26 de enero del 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero del 2012 integró sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud de lo que disponen: el numeral primero del art. 184 de la

Constitución de la República que dice: “Serán Funciones de la Corte Nacional de Justicia: conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley”; arts. 38, 172, 173, 178 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. Por lo expuesto, corresponde el conocimiento del RECURSO DE CASACIÓN, al tribunal constituido por el Dr. Vicente Tiberio Robalino, Dras. Lucy Elena Blacio y Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZ Y JUEZAS Nacionales, siendo la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, por sorteo realizado jueza ponente, según los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **II VALIDEZ PROCESAL 2.1.-** En la sustanciación del proceso no se advierte vicios que puedan afectar la validez de lo actuado o acarrear su nulidad por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso de conformidad a lo dispuesto en el Art. 352 Ibídem, por lo que este Tribunal lo declara válido. **III FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO 3.1.-** El Sentenciado Ing. Edwin Augusto Ripalda Quevedo, en la audiencia pública y contradictoria llevada a cabo el día lunes dos de abril del dos mil doce a las catorce horas con treinta y cinco minutos por medio de su abogado defensor manifiesta: El fundamento de la casación establece confirmar si se ha violado la ley y las garantías del debido proceso en la sentencia; y las leyes violadas en la sentencia de fecha 30 de septiembre del 2010, son las siguientes: El artículo 83 numeral 8 de la Constitución de la República, el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial en armonía con los artículos 75

y 168 numeral 6 de la Constitución de la República, artículos 84, 85, 86 de la Constitución de la República en relación con el artículo 809 numeral 2 del mismo cuerpo de leyes. Del contenido de la sentencia se establece que el litigio se origina de un comunicado que su defendido como gerente de la empresa hace conocer a la Inspección de trabajo, comunicando que no constituye delito de injuria por tratarse del hecho de denunciar administrativamente un acto de corrupción, lo cual permite la Constitución de la República en el artículo 83 numeral 8 y también ha sido criterio reiterado de la Corte Nacional de Justicia, en los fallos 393-09, 392-09 gaceta judicial 17/08 página 24, establece que los hechos denunciados de corrupción no constituye delito de injurias, por lo que solicita se estime procedente el recurso y se enmiende la violación de ley y se absuelva a su defendido y que e llame severamente la atención a la Sala de la Corte Provincial de Loja.

**3.2.-** El querellante Mauricio Cerapio Ramírez, por medio de su abogado defensor manifiesta: que nadie este país está obligado a que se le mancille su honra y dignidad, si bien se ha manifestado que la Constitución permite que se denuncien actos de corrupción, pero que en el presente caso no se ha denunciado actos de corrupción sino que el hecho publicado le atribuyó una imputación delictiva a Mauricio Ramírez, cuando ese acto debió haber sido denunciado y probado en la Fiscalía; también se ha mencionado que el Juez no puede ir más allá de lo que se demanda, la Sala Provincial de lo Penal condenó a quince días de prisión, y en la misma sentencia declaró suspenso la prisión por presentar el sentenciado un carnet de discapacitado, lo cual es una burla a la administración de justicia; la Sala no se pronunció sobre el daño moral, por lo que manifestó que se observa un espíritu de favorecer a la otra parte procesal; por lo que pide que confirme la sentencia y se disponga que el querellado responda por los daños y perjuicios y daños morales causados.

**3.3.- Réplica.-** El Dr. Luis Patricio Castro González, abogado del sentenciado manifiesta: Que a esta sala le está vedado valorar nuevamente la prueba, en cuanto al derecho de reclamar el honor mancillado, éste opera cuando se ha proba-

do, por lo que ratifica su pedido de aceptar su recurso. **3.4.-** El Abogado Matías Edilberto Ramírez Bravo, manifiesta que se dejó aplicar por la Jueza de primer nivel el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal. **3.5.-** Por tratarse de un delito de acción penal privada el Tribunal llama al diálogo a fin de que lleguen a una conciliación, siendo las 15h10 suspende la audiencia siendo reinstalada a las 17h00, la Jueza Presidenta de la Sala, concede la palabra a los abogados a fin de que informe el resultado los mismos indican no haber llegado a ningún acuerdo. **IV CONSIDERACIONES DE LA SALA 4.1.-** El derecho a la impugnación está garantizado en: el art. 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*; art. 14, numeral 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, que establece que *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley”*. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se encuentra estatuido en el at. 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República, en tanto que la casación propiamente dicha, como medio impugnatorio, se encuentra regulada en los arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. La doctrina reconoce que una de las garantías que tiene el procesado, en desarrollo del debido proceso, es la de impugnar la decisión judicial que no comparta y que comprometa su derecho a la defensa, Derecho que es el Ecuador se extiende a todos los sujetos procesales, siendo entonces la casación uno de estos medios impugnatorios, de naturaleza extraordinaria, mediante la cual una de las partes que actúan en el juicio, expresamente autorizada para tal efecto, y por alguna de las causales taxativamente determinadas en la ley procesal penal, demanda de la Corte considere violatoria de la ley sustantiva, y en ocasiones de la ley procesal penal.<sup>158</sup> La naturaleza jurídica de la casación consiste en la constatación de la

<sup>158</sup> Cfr. Rodríguez Orlando, La Presunción de Inocencia. Principios Universales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, Medellín, 2002, pp. 631, 632. En diverso sentido, Cfr. Larenses Valentín, Recursos en el Proceso Penal, Talleres Gráficos Emigra, Buenos Aires, 2007, p 25. El autor plantea, dentro del contexto argentino, la posibilidad de analizar, vía casación los errores tanto in indicando como in

conformidad en derecho de la sentencia<sup>159</sup>, por tanto no constituye de modo alguno instancia y tampoco resulta un nuevo análisis de la prueba actuada y desarrollada en juicio, para aquello existe en nuestro sistema procesal penal otros medios de impugnación de naturaleza específica.

**4.2.-** El principio de legalidad adjetiva previsto en el art. 76, numeral 3 de la Constitución de la República dice que: “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. En tal sentido, la interposición del recurso de casación así como su fundamentación están sujetas al impulso del sujeto procesal (recurrente) conforme el principio dispositivo consagrado en el numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República. No obstante, la ley procesal penal (art. 358) confiere al órgano judicial la facultad de casar la sentencia a un cuando el recurrente haya equivocado la fundamentación del recurso.

**4.3.-** El recurso de casación al tener el carácter de extraordinario y especial, se limita únicamente al examen de la sentencia para determinar los errores de derecho, que no pueden ser otros que los determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Sin que sea posible realizar una nueva revisión del proceso o de una nueva valoración de la prueba.

**4.4.-** Los artículos 349, 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal contienen el motivo de la casación, su contenido principal supone que la impugnación va dirigida a revisar la correcta aplicación de la ley, por lo que es esencial que el (los) recurrente (s) indique (n) claramente en qué consiste el error y demuestren en el desarrollo de su tesis la ilegalidad de la sentencia, siendo su obligación fundamentar los cargos que se demanden contra el veredicto, utilizando métodos que orienten a explicar en detalle los términos en que se ha producido la violación de la ley, ya por contravención expresa de su texto, norma aplicable al caso en conflicto que deducen efectos contrarios a su hipótesis; por indebida aplicación, si la norma invocada en la decisión se integra con presupuestos no relacionados al caso que se juzga y consecuentemente se deja de aplicar la norma que ju-

rídicamente correspondía o por errónea interpretación, si resultando que la norma que se utilizó por el juzgador es aplicable al tema de conflicto, igualmente la fundamentación del recurso debe abarcar la explicación de cuál es la incidencia resultante por el error que ha originado en la parte dispositiva del fallo que se impugna, de tal forma que se pueda sustentar que, si el juzgador no hubiera estrado en esta exclusiva infracción, otra hubiera sido la decisión judicial, aspectos que en la fundamentación del presente recurso de casación no se explica, limitándose el sentenciado Edwin Augusto Ripalda Quevedo, por medio de su Abogado Defensor Sr. Patricio Castro González, a mencionar únicamente normas legales sin indicar de qué forma han sido violadas, así como la forma en que ha sido perjudicado con dicho fallo. Por otra parte el querellante Mauricio Cera-pio Ramírez, por medio de su abogado defensor se limita a manifestar su inconformidad con la sentencia recurrida en el sentido de que al sentenciado se le ha suspendido la prisión por presentar un carnet de discapacitado, y que el juzgador tampoco se ha pronunciado sobre el daño moral y daños y perjuicios causados, sin señalar las normas legales violadas, inaplicadas o erróneamente interpretadas como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

**4.5.-** De la revisión y análisis a la sentencia recurrida se establece que el juzgador ha desarrollado su pronunciamiento de declaratoria de culpabilidad del procesado en base al análisis del tipo de delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en los artículos 489 y 490 del Código Penal y reprimido por el artículo 495, en relación con el art. 491 *Ibídem*, toda vez que la conducta del sentenciado se ha adecuado dentro de las normas legales invocadas. Justificación que consta en la última parte del Considerando Octavo del fallo impugnado así: “Del análisis integral del caso, lo cual involucra la valoración del texto y contexto del escrito de marras y circunstancias que rodearon el hecho, todo en conjunto y conforme las reglas de la sana crítica”, (...) ha concluido que se ha comprobado el delito y la culpabilidad del querellado por lo siguiente: “1.-

procedendo, cuando en Ecuador este examen ha sido exclusivamente orientado a los errores in indicando.

<sup>159</sup> Cfr. Armenta Deu Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Cuarta edición, Madrid, 2009, p. 278. Su principal función es nomofiláctica, para asegurar la explicación uniforme de la legalidad penal -sustantiva y procesal- en todo el Estado evitando así la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los tribunales penales diseminados en su territorio.

Las imputaciones que hace el querellado contra el señor Mauricio Ramírez. “En el sentido de que no puede mantenerlo como recurso humano de la empresa” por falta de probidad y por conducta inmoral”, conducta que se encuadra dentro del numeral primero del Art. 490 del Código Penal, pues ofenden y perjudican los intereses del ofendido. 2.- Que si se trataba de una petición de notificación, no era necesario las expresiones mencionadas como ha indicado el Inspector del Trabajo a 2 vta., “el hecho de señalar en el mismo escrito que está involucrado en la sustracción de USD \$ 13.600, y la presentación del escrito injurioso con fecha 23 de abril del 2010, esto es justamente luego de que la empresa es demandada laboralmente por el accionado y luego también de perder el visto bueno que solicitaría en su contra, todo esto permite aceptar que al recurrir a tales expresiones, en circunstancias totalmente innecesaria, lo hizo con el ánimo de injuriar, de ofender, de perjudicar el buen nombre de quien había dejado ya de ser su trabajador, lo cual revela su actuar doloso al haber podido obrar de manera diferente. Además, si el accionado dice que su objetivo era denunciar y no de injuriar, vale decir que dicho escrito ni en la forma ni en el fondo constituye denuncia, sino una petición para que se “NOTIFIQUE” al trabajador con la terminación del contrato a prueba; y que siendo tal, ninguna necesidad tenía de recurrir a expresiones o imputaciones injuriosas como la señalada, con lo cual queda descartado un animus narrandi en el ejercicio del derecho y el deber de denunciar como alega el accionado”. **4.6.-** Por otra parte en el Considerando Noveno de la sentencia recurrida el juzgado hace constar los justificativos de la suspensión de la pena, del sentenciado amparándose en el artículo 82 parte final del Código Penal, esto es porque el accionado ha presentado el Carnet de Discapacitado otorgado por el Conadis, con lo cual se ubica entre las personas de atención prioritaria Art. 35 de la Constitución de la República, así como también se ha considerado las atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal. **4.7.-** De lo expresado se evidencia que el juzgador en el desarrollo de todo el proceso ha observado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República como es el debido proceso, derecho a la defensa; la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 Ibí-

dem. Así también se observa que ha valorado las pruebas obtenidas, en las respectivas etapas, apreciándolas conforme a las reglas de la sana crítica establecidos en el at. 86 del Código de Procedimiento Penal, y una vez que establecido con certeza la infracción y la culpabilidad del procesado ha emitido su fallo con fundamento en los artículos 489, 490, 495 relacionados con el artículo 491 del Código Penal. **4.8.-** En cuanto a la alegación del querellante de que el juzgador no se ha pronunciado sobre el daño moral y daños y perjuicios causados por el sentenciado el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, contiene: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral, que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (...)” En este contexto el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal considera que el juzgador con las pruebas obtenidas ha establecido tanto la existencia de la infracción si como la responsabilidad del procesado (hoy sentenciado) en tal virtud y en estricta observancia a la norma suprema mencionado acepta parcialmente la reparación integral de los daños causados al querellante. **4.9.-** Es de señalar que la sentencia analizada es clara, completa, lógica por cuanto las decisiones no son arbitrarias, tanto que lo expresado se evidencia que el Juzgador ha justificado su pronunciamiento constante en el fallo recurrido, por lo tanto cumple con la respectiva motivación contemplada en el artículo 76, numeral 7 literal I de la Constitución de la República. Por lo tanto la sentencia recurrida que reprime recurrente como autor del delito de injuria no calumniosa grave, se respalda en los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en los considerandos contenidos en ella. En conclusión este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, determina que no se evidencia violación de norma alguna que haya afectado al sentenciado, por otra parte corriendo los errores existentes en la sentencia recurrida procede a casar parcialmente a favor del querellante. V RESOLUCIÓN. Por las consideraciones expresadas este Tribunal de la

sala Especializada de lo Penal **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad éste Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente EDWIN AUGUSTO RIPALDA QUEVEDO, debido a que las causales que él ha invocado no se ajustan a lo que establece la sentencia recurrida y que con respecto del recurso de casación interpuesto por el Señor SERAPIO MAURICIO RAMÍREZ, corrigiendo el fallo recurrido se acepta parcialmente en lo que se refiere a la reparación integral de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República. Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**- DRA.XIMENA VINTIMILLA MOS-

COSO, JUEZA PONENTE; DRA. LUCY BLACIO PEREIRA, JUEZA NACIONAL; DR. VICENTE ROBALINO VILLAFUERTE, JUEZ NACIONAL. **RAZÓN:** En Quito, hoy treinta de mayo del dos mil doce, a partir de las quince horas con treinta minutos, notifico con boletas con la sentencia que antecede: a **SERAPIO MAURICIO RAMIREZ**, en la casilla judicial No. 5611; a **EDWIN RIPALDA QUEVEDO**, en la casilla judicial No. 2001.- Certificado. Dr. Honorato Jara Vicuña SECRETARIO RELATOR. **RAZÓN:** Devuelvo al Secretario Relator de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el juicio penal No. 889-2010-J.C. seguido por SERAPIO MAURICIO RAMIREZ, en contra de EDWIN GUSTAVO RIPALDA QUEVEDO, por el delito de injurias, venido en grado por recurso de casación, compuesto de ciento seis (106) fojas, en dos cuerpos y la providencia dictada por esta Sala en cuatro fojas útiles.- jueves 07 de junio de 2012. Dr. Honorato Jara Vicuña. SECRETARIO RELATOR.

### 3.2.9. Juicio Nº 482-2011-VR

**Asunto:** Asesinato

**Juez Ponente:** Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, octubre 4 de 2012, las 09h00. **VISTOS.- 1. ANTECEDENTES.** El Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano Luis Antonio Munango Manosalvas, a quien declara autor de la infracción prevista en el artículo 450 del Código Penal, imponiéndole la pena de 16 años de reclusión mayor especial, con costas, daños y perjuicios. El sentenciado interpone recurso de apelación correspondiéndole resolver a la Tercera Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha la que desestima el recurso confirmando la sentencia venida en grado. El condenado interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Corte de apelaciones. **2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** El Tribunal de casación avocó conocimiento en providencia de 28 de agosto de 2012 a las 11h55.No se ha impugnado tal competencia ni a las Juezas ni al Juez que integramos el Tribunal. **3. DEL TRÁMITE.** Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley refor-

matoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, por lo que se lo ha fundamentado en audiencia oral, pública y de contradictorio. **4. POSICIONES DE LAS PARTES. 4.1. El recurrente ha manifestado:** El recurso de casación interpone por lo siguiente: i. Violación al tipificar el acto, pues el juzgador al resolver determina que existió alevosía en la infracción, aunque en la argumentación de Fiscalía ésta solicita al juzgador se le sentencie por delito de homicidio por considerar que no existe alguna agravante constitutiva de la infracción. ii. Errónea interpretación del artículo 57 del Código Penal, que prohíbe que a toda persona mayor a 65 años se imponga pena privativa de libertad de reclusión. De igual manera el artículo 4 del Código Penal prohíbe en materia penal la interpretación extensiva, y cuando exista duda se interpretará en el sentido más favorable al reo. iii. Prohibición del artículo 66 numeral 3 literal c) de la Constitución de la República del Ecuador, de tortura, desaparición forzada, y tratos y penas crueles inhumanos y degradantes, así como de imponer

una pena cruel e inhumana. Imponerle pena privativa de libertad de 16 años a una persona de 67 años de edad constituye una pena cruel e inhumana, pues de acuerdo al promedio de vida de cualquier ser humano, y específicamente en el Ecuador, no llegaría a cumplir la condena. Solicita se case la sentencia y se le imponga una pena acorde a su individualización como persona de un grupo vulnerable y a su edad. **4.2. La Fiscalía contestó:** i. El escrito de casación no reúne la mínima técnica que exige un recurso extraordinario de esta materia. No señala qué ley se violó ni la forma en que se violó la ley, a fin de que la Fiscalía conozca cuales son los fundamentos jurídicos en los que el recurrente basará su recurso. ii. En verdad no se aplicó el artículo 57 del Código Penal, solicita se corrija el error en el sentido que se le impone la pena de 16 años de reclusión mayor, con la modificatoria que señala el artículo 57, aunque en la sentencia que dicta el Tribunal de Garantías Penales y que queda ratificada en todas sus partes por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, señala: “dieciséis años de reclusión mayor especial que deberán cumplirse en un establecimiento destinado prisión correccional conforme lo estipula el artículo 57 del Código Penal y se deberá tomar en cuenta el tiempo que ha estado privado de la libertad.” iii. El artículo 76.6 de la Constitución de la República, dice que: “La ley regula el mínimo y máximo de la pena”. El mínimo y máximo de la pena en este caso, que es delito de homicidio agravado, está entre 16 y 25 años. De tal modo que la sentencia dictada tanto por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, como por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha no ha violentado ley alguna, porque está dentro del margen legal, y se le ha puesto la pena mínima. Solicita se rechace el recurso de casación. **4.3.- Réplica del recurrente:** Dentro de la audiencia de juzgamiento nunca se llegó a comprobar la alevosía, la Fiscalía acusó por el delito de homicidio, creando una duda en el ente que tiene la obligación de juzgar, pues el juzgador no toma en cuenta estas consideraciones y determina un tipo penal diferente. Con respecto al artículo 57 la norma es clara cuando dice “no se le impondrá la pena de reclusión al mayor de 65 años” existe una prohibición expresa dentro de esta norma, por lo tanto debe considerarse el artículo 57 para fijarle una pena acorde a su edad.

**4.4.- Contrarréplica de la Fiscalía:** La sentencia dictada tanto por el Tribunal de Garantías Penales de Justicia como por la Tercera Sala de la Corte Provincial de Justicia, guarda congruencia suficiente, porque la Fiscalía es una parte procesal. Quienes tienen que señalar de manera motivada son los jueces, en virtud inclusive del principio *iura novit curia*, puesto que pueden corregir los errores de derecho que se cometen por las partes procesales. No se ha justificado que haya incongruencia en la sentencia antes mencionada. Solicita a nombre de la sociedad ecuatoriana que se deseché el recurso de casación. **4.5.- Última Palabra:** “La defensa del recurrente no alegó incongruencia, sino simplemente que no ha existido la alevosía dentro del juicio, por lo tanto la incongruencia no se ha agregado en esta audiencia”. **5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. Sobre la naturaleza del recurso de casación: 5.1** La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas. **5.2** Dentro de los derechos de libertad la Constitución de la República garantiza en el artículo 66.3 el derecho a la integridad personal que incluye: “...b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; ...c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.” **5.3** Un Estado

Constitucional de derechos y justicia es aquel en el que "...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...". Sentencia de la Corte Constitucional N° 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 01 de junio de 2009. **5.4** Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto en el caso 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Registro Oficial suplemento 602 de 1 de junio de 2009, que: "...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales)... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.". **5.5** Sobre la motivación la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto que: "...Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión..." sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA publicada en el suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009. Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión..." Sentencia 069-10-SEP-CC, caso

0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011. **5.6** Las causales de la casación están determinadas en la ley y pueden resumirse en errores que al violar la ley trasgreden derechos fundamentales de las partes (Art. 349 Código de Procedimiento Penal). **5.7** Según el Código de Procedimiento Penal en lo aplicable a la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial en que se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente. **5.8** En su naturaleza jurídica se caracteriza por su tecnicismo. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos a las partes. **5.9** La doctrina enseña que "la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia" Andrea Martínez, citada por César San Martín en "Derecho Procesal Penal" (T. II)<sup>160</sup>. **Sobre la materia del recurso.** El recurrente reprocha la sentencia en tanto considera que contiene indebida aplicación de la ley al tipificar el delito de acuerdo al artículo 450.3 del Código Penal ecuatoriano puesto que, según el recurrente, no hubo la circunstancia constitutiva de alevosía, también la cuestiona por errónea interpretación del artículo 57 *ibidem* al sentenciar a un adulto mayor a una pena de reclusión contrariando incluso a la Constitución. El Tribunal de casación considera al respecto: i. La falsa aplicación de la ley consiste en: "Contrariar su contenido, hacer lo que no dispone, se trata de una violación directa. La falsa aplicación puede darse aplicándose en un caso que no le corresponde, lo que constituye un error en la selección de ésta (...) una indebida aplicación supone haber aplicado una norma que no

<sup>160</sup> La Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes:

Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y otra "En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediatez." Sentencia 003-09-SEP-CC, Caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

corresponde con los antecedentes del caso (...) interpretar significa buscar el alcance del contenido de la ley, confrontándole con el caso concreto, es determinar la ratio de la norma de conformidad con su ámbito de protección. De lo que se trata es encontrar el alcance y el sentido de la ley y cuál es su racionalidad o lo que busca regular en la misma”<sup>161</sup> La aplicación efectiva de una norma jurídica que ha realizado el Juez, a una situación de hecho que no es la que esta contempla. La doctrina señala: “(...) la falsa aplicación de la ley viene a ser una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable (...)”<sup>162</sup> La interpretación errónea se da cuando aun eligiendo la norma correcta: - se va más allá del contenido de la norma, al contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio; - a través de otorgarle sentido equivocado a la ley; - se yerra acerca del contenido y alcance de la misma. ii. La casación no es un nuevo examen de la prueba actuada en juicio, por lo que no está permitido a este Tribunal de casación, que no participó de la audiencia de juzgamiento en la que hubo intermediación entre sujetos procesales y juzgador, analizar lo que presenció el juez pluripersonal del juicio, sin embargo sí corresponde en esta instancia analizar el razonamiento del juzgador de apelación a fin de determinar si hubo la indebida aplicación o errónea interpretación de la norma, que se alega. iii. La sentencia recurrida determina: **“4.- DE LA RELACION DE CAUSALIDAD, COROLARIO O FALLO DE LA SALA.-** La consumación del tipo penal toma cuerpo en la concreción de actos anteriores ex ante y presentes y de tales eventualidades fácticas deviene tanto la acción u omisión y el resultado lesivo. En la relación de causalidad entre la acción y el resultado verificado en el momento presente, se convocan los presupuestos de punibilidad y culpabilidad que dan cuenta de la responsabilidad penal del sujeto activo generador de la acción y por tanto del resultado. En el caso las pruebas presentadas por la Fiscalía justifican

conforme a derecho el nexo causal, así como también la responsabilidad penal del sujeto activo generador de la acción y por tanto del resultado. En el caso las pruebas presentadas por la Fiscalía justifican conforme a derecho el nexo causal, así como también la responsabilidad penal del hoy sentenciado habiendo adecuado su conducta al tipo objetivo penal prescrito en el Art.- 450 del Código Penal. En cuanto a la aplicación efectiva del artículo 57 del Código Penal vigente, esgrimido por el recurrente en la presente audiencia, de la sentencia del Juez a quo, se verifica que la pena impuesta deberá cumplirla el sentenciado en un establecimiento destinado a prisión correccional, así tenemos que se acata en prolija forma la disposición emanada del referido artículo por cuanto se presenta la excepción correspondiente a las personas mayores de sesenta y cinco años en caso de delitos reprimidos con reclusión...”. iv. De acuerdo a la doctrina: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Señala CEREZO<sup>163</sup> que la apreciación de la alevosía exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto ‘haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima’, sino que ‘basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados’. Ahora bien, para la apreciación de la indicada circunstancia es necesario que la seguridad en la ejecución y la indefensión de la víctima sean deliberadamente buscadas o aprovechadas por el agresor.”<sup>164</sup> La violencia intrafamiliar, como una especie de violencia de género es una forma extrema de discriminación. La Corte Interamericana

<sup>161</sup> Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Editorial Rhodas, 2006, pg. 876.

<sup>162</sup> José Gabriel Sarmiento Núñez. Casación Civil; pág 130

<sup>163</sup> CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, II*, p. 372. Para la apreciación de la alevosía no es necesario que el agente haya buscado y elegido de propósito ex ante los medios modos o formas de ejecución tendentes a asegurarla con eliminación del riesgo de reacción de la víctima, sino que basta con que el sujeto meramente aproveche tales medios, modos o formas de ejecución, que sin haberlos buscado, se le presentan, y los emplee o utilice encaminados para el aseguramiento del hecho sin peligro para su persona. Vid. STS de 2 de enero de 1931.

<sup>164</sup> LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial Manuel José Arias Eibe. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>

de Derechos Humanos en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* en sentencia de 16 de noviembre de 2009, indicó: "394. Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como 'toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera'. En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es 'una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres' y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. 395. El CEDAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada". El CEDAW también ha señalado que "[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". En el presente caso, y según consta de la sentencia impugnada "De los testimonios presentados en la audiencia, se presentan serios indicios de responsabilidad directa del hoy sentenciado Luis Octavio Munango Manosalvas, quien se concluye habría sido conviviente de la hoy occisa con quien habría tenido permanentes y violentas disputas y contra la cual habría conferido varias amenazas de muerte", nos encontramos entonces ante hechos sistemáticos de violencia intrafamiliar que colocaron a la víctima en un estado permanente de indefensión más aún cuando reitera la sentencia recurrida que "existen los testimonios de los señores: Luis Alfonso Morales Flores, Zoila Rosario Cusacotas Flores, Rosa Hortensia Cobos Flores quienes indican que en realidad la señora Flores Ayala temía por su vida y recibía constantes amenazas del procesado, quien así mismo abusaba de otras personas de la tercera edad". La per-

manente violencia psicológica que sufrió la víctima contribuyó a que el agresor actuara sobre seguro de la no reacción de la víctima. "Aunado a lo anterior debemos mencionar que la violencia psicológica actúa desde la necesidad y la demostración del poder por parte del agresor. Se busca la dominación y sumisión mediante presiones emocionales y agresivas. Este tipo de violencia "invisible" puede causar en la víctima trastornos psicológicos... En todos los casos se trata de un conducta que causa perjuicio a la víctima, siendo el tipo de agresión más frecuente en los contextos de malos tratos en el ámbito doméstico, como en el caso bajo análisis, aunque pueda estar oculta o disimulada bajo patrones y modelos culturales y sociales que la invisibilizan."<sup>165</sup> La señora Flores Ayala de 63 años de edad se encontraba a solas realizando sus labores domésticas lo que fue aprovechado por el sentenciado, quien como se mencionó ya venía realizando actos de intimidación contra la víctima quien además por su edad no habría podido presentar mayor resistencia. En consecuencia sí hubo alevosía por parte del sentenciado señor Luis Octavio Manosalvas Munango puesto que aprovechó las condiciones físicas y psicológicas de la víctima así como la situación en que se encontraba al momento de cometerse el delito, actuando sobreseguro. v. La Constitución de la República, en lo atinente a los grupos de atención prioritaria indica: "Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas. En particular, el Estado tomará medidas de: ...7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario." El mandato constitucional por tanto se refiere a que las personas adultas

<sup>165</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación" 2011.

mayores deben cumplir la sanción penal en regímenes especiales de privación de libertad, no prohíbe como lo dice el recurrente, la aplicación de sentencias con reclusión. Con lo cual la distinción contenida en el artículo 57 del Código Penal es inaplicable. vi. Reza la sentencia del Tribunal de apelación que “al llegar criminalística toma contacto con los moradores del sector quienes indican, entre ellos el Teniente Político que existían ya problemas intrafamiliares de la señora Flores Ayala con el hoy sentenciado Munango Manosalvas, de tal forma, tenían señalado para días posteriores una audiencia para tratar estos inconvenientes...”. De lo señalado se puede determinar que el Estado ecuatoriano a través del Teniente Político de San José de Minas no cumplió con el deber de garantía en el presente caso al no tomar las medidas necesarias para prevenir los hechos de violencia intrafamiliar, y no haber actuado con debida diligencia, ni tampoco estableció condiciones de seguridad a pesar de las reiteradas amenazas contra la vida de la víctima. Sobre el deber de garantía por parte del Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México Sentencia de 16 de noviembre de 2009 dijo: “243. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre<sup>166</sup>. 245. Asimismo, el Tribunal ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Con-

vención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)<sup>167</sup>, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción<sup>168</sup>. 246. Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, ésta implica el deber del Estado de prevenir e investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes... 253. La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer (supra párr. 226) y en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. 254. Desde 1992 el CEDAW estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”. En 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la opinión juris [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”. 257. Asimismo, según un Informe del Secretario General de la ONU: Es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro

<sup>166</sup> Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C Nº 147, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párr. 111.

<sup>167</sup> Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, supra nota*, párr. 144; *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú, supra nota*, párr. 237, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 155, párr. 75.

<sup>168</sup> Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra nota* 91, párr. 120; *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú, supra nota*, párr. 237, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, supra nota* 92, párr. 75.

para las mujeres, y se han utilizado comunitarias auditorías de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad. La prevención de la violencia contra la mujer debe ser un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias. Forma parte de la labor de prevención el mejoramiento de la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres, por ejemplo hacia las escuelas e instituciones educacionales, los pozos, los campos y las fábricas." El Teniente Político es autoridad competente subsidiariamente para conocer los casos de violencia intrafamiliar, conforme lo prescribe el artículo 8 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia. vii.- En el caso existe la agravante de la pena prevista en el artículo 30.6 del Código Penal ecuatoriano que se refiere a "ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, **sexo**, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole". Como señalamos anteriormente al existir en este caso violencia intrafamiliar, que es una especie de violencia de género, podemos señalar que hubo discriminación por ser mujer (sexo) de acuerdo a la legislación internacional ya citada. La agravante general "discriminación por sexo", no es la misma que la agravante constitutiva del delito prevista en el artículo 450.10 que se refiere al cometimiento del homicidio por odio o desprecio en razón de la orientación sexual o identidad sexual, puesto que esta se ocupa de aquellos asesinatos que se cometen hacia las personas de diversa condición sexo genérica, o lo que comúnmente se denomina como preferencia se-

xual. Es evidente que en el caso que nos ocupa nada tuvo que ver la orientación o identidad sexual de la víctima pero sí su condición de ser mujer. Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** este Tribunal de casación de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad casa parcialmente la sentencia recurrida en tanto la diferenciación de la pena que contiene el artículo 57 del Código Penal, no es correlativo con la regla constitucional 38.7; y, es conforme al mandato constitucional que el sentenciado cumpla la condena privativa de libertad en un centro adecuado para el efecto, lo que se hará conocer a los funcionarios competentes. De oficio se casa la sentencia en tanto si bien el delito es asesinato existe una agravante de la pena que lleva a la imposición de la pena máxima de 25 años, pero por respeto al principio non reformatio in pejus se mantiene la pena impuesta, la que será cumplida. Hágase conocer a la autoridad competente de la inercia y no cumplimiento de debida diligencia por parte del Teniente Político de San José de Minas en el presente caso. Se declara la reparación integral para los familiares de la víctima. Por cuanto la Fiscalía no ha procedido en debida forma ofíciase al Consejo de la Judicatura para que actúe como lo dispone la Ley para estos casos. Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL; Dra. Lucy Elena Blacio Pereira JUEZA NACIONAL. Certifico.- Dra. Martha Villarroel Villegas SECRETARIA RELATORA (e)

### 3.2.10. Juicio N° 633-2010 V.R.

**Asunto:** Tenencia ilícita de sustancias estupefacientes

**Juez Ponente:** Dr. Vicente Robalino Villafuerte

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

Quito, 20 de agosto de 2012, las 12h30. **VISTOS: 1 ANTECEDENTES** El Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura dictó sentencia

confirmando el estado de inocencia de la señora Blanca Aux Rivas, disponiendo la consulta de tal decisión. Apeló el doctor Pablo Herrera Pozo, fiscal de Imbabura, y la Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia

de Imbabura aceptó tal recurso, y la consulta planteada, revocó la sentencia declarando a la procesada autora del delito tipificado y sancionado por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el artículo 62, esto es tenencia ilícita de sustancias estupefacientes, “sin derecho a circunstancias atenuantes” imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, al pago de sesenta salarios mínimos vitales generales, ordenando la prohibición de enajenar los bienes de la sentenciada. Se ha presentado recurso de casación oportunamente por parte de la procesada. **2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

Este Tribunal de casación avocó conocimiento del procedimiento en providencia de 4 de junio de 2012 a las 09h20. No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a las Juezas ni al Juez que lo integramos. **3. DEL TRÁMITE**

Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, por lo que se ha formalizado el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio. **4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES**

**4.1. El defensor de la procesada** manifestó fundamentalmente, que: i. existen violaciones a normas constitucionales en lo relacionado con la prueba y su obtención así como respecto a la motivación de la sentencia, contrariando las garantías 76.4, 7, l), 77.7,c), ii. su defendida transitaba por la calle cuando fue detenida por agentes policiales quienes conocían que anteriormente ella tuvo problemas con la justicia, calificándola de encontrarse en “actitud sospechosa”, iii. los agentes la revisaron y en su cuerpo (en el pecho) encontraron 2 gramos de cocaína, violándose el derecho a no autoincriminarse le han pedido los traslade a su domicilio donde fueron encontrados 23 gramos de cocaína, lo cual contradice a los artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Penal, ya que no tenían autorización de un juez, iv. la sentencia de la Corte de consulta y apelación no está motivada. Solicita se acepte el recurso de casación, se revoque dicha sentencia ratificando el estado de inocencia de su defendida.

**4.2. El delegado de la Fiscalía**, contestó: i. que la sentencia de la Corte de apelaciones es muy sintética al referirse al artículo 62 de la Ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas e imponer pena privativa de libertad de 12 años, ii. que los

recursos extraordinarios en materia son dos: el de casación y el de revisión, penal, que la casación no admite corrección in procedendo, iii. que en la sentencia se justifica la materialidad del delito en tanto el examen a las sustancias dio positivo para cocaína, que se trata de 25 gramos de tal sustancia, en tanto que la responsabilidad está probada con los testimonios de los policías que la detuvieron. Solicita que el recurso sea desechado por cuanto no se ha fundamentado el recurso de casación. Nada refutó la Fiscalía acerca de la forma en que ha sido obtenida la sustancia y los derechos que indica la recurrente le han sido trasgredidos. **RÉPLICA DEL RECURRENTE**

El defensor de la procesada indica en su exposición que en la sentencia existen violaciones a normas constitucionales por que la prueba se obtiene violando la Constitución en su artículo 76 numeral 4, mismo que señala que las pruebas actuadas y obtenidas con violación a la Constitución y la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Además indica que la sentencia dictada por los señores Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura carece de motivación, la misma que es una garantía fundamental en un estado Constitucional de Derechos y Justicia.

**5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL Sobre la naturaleza del recurso de casación:**

**5.1** La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la igualdad formal y material, a la integridad, a la libertad, a la defensa, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas. **5.2** Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el que “...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e

interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...". Sentencia de la Corte Constitucional N° 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 01 de junio de 2009. **5.3** Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto en el caso 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009, que: "...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) ... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.". **5.4** Sobre la seguridad jurídica la Corte Constitucional ha dicho "...la seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados..." sentencia N° 008-09SEP-CC, caso: 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009. **5.5** Sobre la motivación la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto que: "...Para que una resolución sea motivada se requiere que sea funda-

mentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión..." sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009. Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión..." Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011. **5.6** Las causales de la casación están determinadas en la ley y pueden resumirse en errores que al violar la ley trasgreden derechos fundamentales de las partes, según el Código de Procedimiento Penal en lo aplicable a la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial en que se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente (Art. 349). **5.7** En su naturaleza jurídica se caracteriza por su tecnicismo. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos a las partes. **5.8** La doctrina enseña que "la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia" Andrea Martínez, citada por César San Martín en "Derecho Procesal Penal" (T. II)<sup>169</sup>. **Sobre la materia del recurso** La solicitud principal de la recurrente en ejercicio de su derecho a impugnar las resoluciones es porque considera se ha violado la Constitución y la ley en tanto: i. La detención es por tener pasado judicial, ii. Se la forzó a autoincriminarse, iii. Se han valorado en su contra pruebas ilícitas, **Reflexiones del tribunal** Los antecedentes que conoció el Tribunal de apelaciones

<sup>169</sup> La Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes:

Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y otra "En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediatez." Sentencia 003-09-SEP-CC, Caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

son estos: - El 23 de octubre de 2009, a las 19h30, en las calles Salinas y Oviedo de la ciudad y cantón Ibarra, provincia de Imbabura, fue privada de libertad la hoy recurrente por miembros policiales de la Jefatura Anti narcóticos de Imbabura, - “por tener en sus partes íntimas (senos) y en su domicilio ubicado en la calles Salinas 694 y Oviedo, una sustancia que sometida a prueba preliminar de campo ha resultado ser posible cocaína con peso neto de 25 gramos”. La construcción del razonamiento judicial del Tribunal de apelaciones cuando se refiere a la existencia de la infracción como a la responsabilidad de la recurrente, en los considerandos cuarto y quinto, es la siguiente: “CUARTO.- la existencia de la infracción se deduce del acta de pesaje, toma de muestra y destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, en la que se establece un peso neto de 25 gramos de cocaína (fojas 56); y, con el análisis químico practicado por las peritas doctora Guillermina Gallo y bioquímica Rocío Villa Cuji, que da positivo para cocaína (fojas 29 a 30).- QUINTO.- En cuanto a la de responsabilidad de la procesada, se desprende de los siguientes hechos: Con las declaraciones del Sargento Camilo Eduardo González y la señorita Cabo Aida Susana Pérez, quienes han intervenido en el operativo, en forma coincidente afirman que la droga fue incautada en poder de la procesada Blanca Aux Rivas, la misma que tiene antecedentes penales por droga según consta del proceso (fojas 52 a 54).” El razonamiento judicial transcrito se basa en la aceptación sin cuestionamiento ni beneficio de duda de lo dicho por la y el policía aprehensores, sin que conste de la sentencia ni la más elemental referencia sobre lo que ha alegado y actuado la defensa técnica o la material de la procesada. Por lo cual es necesario remitirnos al acta del recurso de la audiencia correspondiente al recurso de apelación. El acta de la audiencia y su valor están establecidos en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal: **“Art. 307.- Acta del Juicio.- El secretario debe elaborar un acta sobre el juicio que contendrá: 1. Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de su suspensión y reanudación. 2. El desarrollo del juicio, con mención del nombre y apellido de los jueces, de las partes, testigos, peritos, traductores,**

*los elementos de prueba producidos durante la audiencia y las grabaciones magnetofónicas, de video, o electrónicas efectuadas, que se anexarán al acta; y, 3. Las peticiones y decisiones producidas en el curso del juicio, y las conclusiones finales de las partes. El acta debe ser firmada por el secretario.”.* El valor del acta de audiencia lo hemos señalado en otro dictamen diciendo<sup>170</sup>: “El valor del acta se da en dos aspectos. Una contiene el marco externo de la audiencia (los datos de numeral 1) y otra que contiene aspectos sustanciales como el respeto a la publicidad, a la contradicción, a la defensa, a la decisiones interlocutorias (los datos de los numerales 2 y 3).” Si bien tal documento no se requiere para dictar sentencia ni para su validez, es importante considerarlo a efecto de establecer el desarrollo de la audiencia, es decir, entender la construcción del razonamiento del tribunal. El acta de audiencia de juzgamiento es el pilar fundamental para la decisión así lo señaló la Corte Constitucional para el periodo de Transición en la sentencia 026-09-SEP-CC del caso 126-009-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 54 de 26 de octubre de 2009 cuando dijo que: *“Al respecto, citamos el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que establece: ‘Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio’. Concretamente, del Acta de Audiencia Pública de Juzgamiento, que se constituye en el antecedente directo de la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Tránsito de Esmeraldas, Acta que debió ser el pilar para la resolución emitida por la Única Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas...”* El Tribunal de casación se referirá a continuación a los siguientes problemas: - Discriminación por pasado judicial. - Indefensión de la recurrente. - Vulneración al derecho a tutela judicial efectiva. - Pruebas sin validez ni eficacia por obtención violatoria al debido proceso. **DISCRIMINACIÓN POR PASADO JUDICIAL 1.-** Encontramos en la referida acta de la audiencia de apelación celebrada

<sup>170</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal Proceso N° 0065- 2010 V.R. Recurso de Casación. Juez Ponente: Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura que la Fiscalía como recurrente ha manifestado: "...en realidad se presentado el presente recurso de apelación de la sentencia que se confirma la inocencia de la procesada Blanca Aux Rivas, por cuanto a esta ciudadana con anterioridad ya fue detenida y al verle con actitud sospechosa se realiza el chequeo correspondiente, se le encuentra en su sostén dos fundas de polvo blanco posible cocaína y al realizar el interrogatorio expresa que en su domicilio tiene un poco más de droga, por esta razón mediante autorización por escrito de la procesada para que tanto la policía como el Fiscal ingresen a su domicilio, donde se encuentran diecinueve fundas mas de color crema con posible cocaína, la misma que realizada la prueba de laboratorio se determina como cocaína, se manifiesta que se ha realizado un acuerdo reparatorio, para su ingreso cosa que conoce la abogado defensor de la procesada, de igual manera se ha probado que la procesada ya fue sentenciada por otra causa por tenencia de estupefacientes y fue condenada a cuatro años de reclusión, pero la Asamblea Constituyente mediante resolución dictó el indulto a todos los sentenciados por estos delitos, inclusive se violó el debido proceso por cuanto en la Audiencia de Juzgamiento se acoge al derecho al silencio cuando se le estuvo interrogando por parte del señor fiscal, y solo expresó lo que le convenía...". **2.-** En el Estado constitucional de derechos "Se reconoce y garantizará a las personas:... 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación." en concordancia con los artículos 3<sup>171</sup> y 11.2 de la Carta Fundamental que dice: *Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identi-*

*dad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, **pasado judicial**, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad."* (el subrayado y negrillas son propias). **3.-** La Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 1<sup>172</sup> y 24<sup>173</sup> indican el deber de los Estados integrantes de garantizar a todos y todas las personas la igualdad y no discriminación por cualquier causa o condición, así mismo consagran la igualdad ante la ley. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26<sup>174</sup> señala que está prohibida toda discriminación y que los Estados partes deben proteger a toda persona por igual. Así mismo la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 7 ha dispuesto: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" **4.-** Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva No.- 18 de 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo 19 ha señalado que: "El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que

<sup>171</sup> Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

<sup>172</sup> "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

<sup>173</sup> "Artículo 24. Igualdad ante la Ley.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

<sup>174</sup> "Artículo 26.-Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus Cogens*...” La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, en sentencia del 16 de noviembre de 2009, sobre discriminación basada en género citó: “...debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas...”

**5.-** En el derecho interno y sobre la aplicación del principio constitucional de igualdad formal y material La Corte Constitucional para el período de Transición sobre el derecho a la igualdad y no discriminación por pasado judicial en la resolución No. 0040-2007-TC en el caso signado con el Nro. 0040-2007-TC ha dicho: “El principio de igualdad, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, representa a uno de los pilares de toda sociedad bien organizada. Este principio impone el deber al Estado, que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos... El derecho a la igualdad, proyecta dos mandatos distintos: ‘la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.’ El primero se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación de la administración de justicia y en relación de los particulares. El segundo nivel, alude al carácter que define al derecho como fundamental, es decir con eficacia vinculante frente al legislador... Ciertamente, el hecho de que una persona haya recuperado su libertad, no es garantía de que al salir, éste no vuelva a cometer otro u otros delitos; mucho menos, si es proveniente de un sistema penitenciario y de rehabilitación que tiene falencias, en el cual, las cárceles constituyen

verdaderos centros de adiestramiento de los delincuentes...”

**6.-** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en rechazar la discriminación por “pasado judicial” para desecher la idoneidad de una persona: “151. Tampoco es sustentable que la circunstancia de tener antecedentes penales o procesos pendientes sea por sí sola suficiente para negar la idoneidad de los testigos para deponer ante la Corte. Tal como lo decidió la Corte en el presente caso por resolución de 6 de octubre de 1987, (e)s contradictorio, dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, negar a priori a un testigo, por la razón de que esté procesado o incluso haya sido condenado en el orden interno, la posibilidad de declarar sobre hechos materia de un proceso sometido a la Corte, incluso si tal proceso se refiere a materias que lo afecten.”

**7.-** En conclusión: a) La señora Blanca Aux Rivas como resultado de su pasado judicial ha quedado etiquetada o estigmatizada por algunos miembros de la Policía ecuatoriana como persona en “actitud sospechosa” violándose de esta manera su derecho a la igualdad material, garantizado por el principio constitucional de igualdad y no discriminación. b) El fiscal del caso ha utilizado el pasado judicial de la ahora recurrente como prueba en su contra, violando el principio antes anotado, pero lo más grave es que esto se recoge en la sentencia de la apelación al momento de condenar, trasgrediendo con esto los jueces de la Corte de apelaciones el citado derecho y colocándose en situación de responsabilidad al emitir una decisión con contenido discriminatorio.

**8.-** La Asamblea Constituyente del Ecuador indultó en 2008<sup>175</sup> a las personas que transportaron una cantidad menor o equivalente a 2 kilos de cualquier droga o sustancia; cuenten con sentencia condenatoria y hayan cumplido el 10% de la pena, con un mínimo de un año y que además no hayan sido reincidentes. Con el indulto se benefició a aproximadamente a 1200 reos, entre los cuales se encontró la recurrente. Con esta medida el poder constituyente a nombre de la sociedad ecuatoriana reconoció que existen condiciones, especialmente económicas, que inducen a las personas a participar como “mulas”<sup>176</sup> en este grave delito. Por lo tanto, el haber sido beneficiada la recurrente por el

<sup>175</sup> Suplemento Registro Oficial N° 378 de 10 de julio de 2008.

indulto otorgado por el Estado a través del poder constituyente no puede convertirse en la base de conductas discriminatorias y estigmatizantes por parte de los agentes del Estado hacia ella, mucho menos cuando lo prohíbe la Carta fundamental. **INDEFENSIÓN DE LA RECURRENTE 9.-** Resalta el hecho que el policía y la policía aprehensores al privar de libertad a la ahora recurrente en lugar de cumplir con su deber constitucional 76.7, e) esto es abstenerse de interrogar a la detenida sin la asistencia de un defensor de sus derechos<sup>177</sup>, según dice el fiscal en la audiencia que ocupa a esta sentencia, la interrogaron preguntándole por más droga, e inclusive le hicieron suscribir un documento de ingreso a su domicilio, cuando su obligación era llevarla ante un juez para que sea tal autoridad quien decida sobre la constitucionalidad (o no) de tal privación de libertad, así como dar aviso a las autoridades consulares de Colombia, todo lo cual ordena el estándar constitucional 77.1<sup>178</sup>, 5<sup>179</sup>, 7b y c<sup>180</sup>, a efecto de garantizar un derecho de asistencia consular, que tiene rela-

ción directa con la defensa y minimizar el impacto del desarraigo. Las preocupaciones de este Tribunal de Casación no terminan con las consideraciones anotadas pues resulta sumamente extraño que el fiscal piense y exprese que una persona detenida “viola el debido proceso” cuando contesta un interrogatorio evitando autoincriminarse, al parecer para el fiscal que actuó en la audiencia de apelación si todas las personas detenidas se auto proclaman culpables están respetando el debido proceso, la misma reflexión se hace acerca del pensamiento fiscal cuando cree que si alguien ejerce su derecho a silencio, “viola” el debido proceso. Cuando una persona ejerce un derecho constitucionalizado no puede estar violando otro derecho y ser castigado por ello. **10.-** La Convención Americana de Derechos Humanos sobre Garantías Judiciales establece en el artículo 8<sup>181</sup> entre otras el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, a ser oído por autoridad competente en un plazo razonable, entre otras. La Corte Interamericana de Derechos

<sup>176</sup> La palabra es etiquetamiento social y se ha utilizado en el indulto.

<sup>177</sup> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

... e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto...”.

<sup>178</sup> “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley...”

<sup>179</sup> 77.- ...5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

<sup>180</sup> 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:...

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.”

<sup>181</sup> **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

**g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y**

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Humanos, en el caso Barreta Leiva vs. Venezuela, a propósito de la aplicación de este artículo que en lo principal señala: *“Para satisfacer el artículo 8.2.b [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos... ...En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.”* **11.-** La Corte Constitucional para el periodo de Transición sobre el derecho a la defensa, en sentencia N° 006-12-SEP-CC-2012 del 15 de febrero de 2012 en el caso N° 0792-09-FP, dijo: *“De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá en última instancia indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso. Como lo afirma la doctrina, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión se configuran en un único derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En este orden, la indefensión es un concepto mucho más amplio, quizá también más ambiguo o genérico, -que la tutela efectiva- pues puede originarse por múltiples causas. Sólo puede prosperar su alegación cuando de alguna forma, generalmente por violación de preceptos procedimentales, se impida al acusado ejercitar oportunamente su defensa, cuando se obstaculiza el derecho de defensa como posibilidad de re-*

*futar y rechazar el contenido de la acusación que en su contra se esgrime. En suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor con la suficiente antelación, y no excluirlos indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensas.”* **12.-** El Código de Procedimiento Penal en el artículo 81 determina: *“Derecho a no autoincriminarse.- Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse.”* **13.-** El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, sobre comunicación con los nacionales del Estado establece: *“...b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;...”* **14.-** La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre *“El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso* señaló: *“106. En consecuencia, para establecer el sentido que corresponde dar al concepto ‘sin dilación’, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculpado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera*

declaración ante la autoridad... 120. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.” 15.- En conclusión: Haber preguntado a la hoy recurrente por más droga, para que ella diga que la tenía en su casa, fue un interrogatorio inconstitucional, pues una vez que ya estuvo privada de su libertad, tenía dos derechos, a ser informada de sus garantías constitucionales, incluyendo la de comunicarse con las autoridades consulares de su país y a ser trasladada ante un Juez competente. **VULNERACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 16.-** La indefensión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en nuestra Constitución en el artículo 75 que dice: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.” 17.- Este principio tiene particular importancia a la luz del derecho de acceso a la justicia, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia N° 004-12-SCN-CC, del 19 de enero del 2012, en el caso N° 0081-10-CN indica que: “De manera general, se puede sostener que el derecho de acceso a la justicia, también denominado por la doctrina española como derecho a la tutela judicial efectiva, implica la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica,

social o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los tribunales para formular pretensiones o defenderse de ellas, de obtener un fallo de esos tribunales y que la Resolución pronunciada sea cumplida y ejecutada” (tomado de Publicaciones Tribunal Constitucional de Bolivia Derecho de acceso a la Justicia, Dra. Martha Rojas Álvarez). Este mandato constitucional es la expresión de disposiciones contenidas en instrumentos internacionales como la prevista en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 párrafo 1<sup>182</sup>, o en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 párrafo 1<sup>183</sup>. El acceso a la justicia es parte de la seguridad jurídica prevista en nuestra Constitución en su artículo 82, y es la certeza de contar con “normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, sin embargo este principio no se agota en las meras formas “pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico.”. Así lo declara la Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia N° 021-10-SEP-CC en el caso N° 0585-09-EP del 11 de mayo de 2010. La Corte Constitucional para el periodo de Transición sobre la tutela judicial efectiva, en sentencia N° 006-12-SEP-CC-2012 del 15 de febrero de 2012 en el caso N° 0792-09-FP, dijo “La legislación nos indica que el derecho de tutela judicial efectiva es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos causes procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. Es una garantía fundamental recogida en el artículo 75 de la Constitución que dice: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e

<sup>182</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad

<sup>183</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

*intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión". Este principio se establece como un derecho de protección para brindar a toda persona el cumplimiento de los principios de inmediación y celeridad..."* **18.-** En conclusión: a.-No trasladar a la detenida ante el juez o jueza que debía resolver sobre la constitucionalidad de su privación de la libertad, y trasladarla a su domicilio, fue una actuación policial inconstitucional. b.-Haber interrogado a la hoy recurrente sin asistencia letrada la colocó en estado de indefensión e hizo que la droga encontrada en su casa sea ilícitamente obtenida. c.-Que la detenida no haya contestado un interrogatorio, ejercitando su derecho al silencio, no trasgrede el debido proceso.

#### **PRUEBAS SIN VALIDEZ NI EFICACIA POR OBTE- NCIÓN VIOLATORIA AL DEBIDO PROCESO**

**19.-** Sin pretender una nueva valoración de las pruebas que motivaron la sentencia, en cuanto a la comprobación de la existencia del delito y la responsabilidad de la procesada, sí corresponde establecer si la prueba utilizada contra la acusada no vulnera el debido proceso garantizado en el artículo 76.4, de la Constitución de la República que dice: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria." **20.-** El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal sobre ineficacia probatoria dice: "*Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.*" Este artículo fue declarado constitucional por Resolución de la Corte Constitucional para el periodo de Transición N° 0001-09-SCN-CC de fecha 14 de mayo del 2009 en el caso N° 0002-08-CN que dice: "En la presente consulta, el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal trata sobre la eficacia probatoria de la prueba, y es norma compatible con lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador que también determina la validez de la prueba y su eficacia probatoria; artículos que responden a un carácter general propio de la exigencia de la normativa, que manda la proporcionalidad, legitimidad y adecuación de los actos probatorios para que se incorporen en casos de excepción, como

principio modulable que permite una intervención anticipada, siempre y cuando sea justa. La eficacia probatoria implica que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del imputado (inmediación y debido proceso) y los derechos de las víctimas (acceso efectivo a la justicia)." **21.-** Sobre la exclusión de pruebas obtenidas violando el debido proceso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, en sentencia de 26 de noviembre de 2010, declaró: "166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que '[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza', es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción. 167. Por otra parte, este Tribunal considera que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo. Asimismo el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la Corte considera que excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera

adecuada la regla de exclusión.” **22.-** La Corte Constitucional sobre el debido proceso y las garantías constitucionales, en sentencia N° 006-12-SEP-CC-2012 del 15 de febrero de 2012 en el caso N° 0792-09-FP, dijo: *“El debido proceso, garantizado por el artículo 76 de la Constitución de la República, es un principio elemental, siendo el conjunto de derechos propios de las personas y condiciones, de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes sean sometidos a juicio gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente. Carrión Lugo lo define como el ‘Derecho que todo justiciable tiene de iniciar o participar en un proceso teniendo, en todo su transcurso, el derecho de ser oído, de alegar, de probar, de impugnar sin restricción alguna’. Al respecto, Arturo Hoyos manifiesta que el debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.”* **23.-** En conclusión: a.- El que los aprehensores hayan sometido a la detenida a un interrogatorio sin asistencia técnica y sin que previamente haya sido llevada ante un juez de garantías, permite distinguir entre la evidencia que ella portaba al momento de ser detenida partiendo de la discriminación por pasado judicial y la que se encontró como resultado del interrogatorio ilícito dejándola en indefensión de acuerdo a los numerales anteriores. b.- La evidencia que ella portaba fueron dos gramos de cocaína, la que se encontró en su domicilio como fruto del interrogatorio inconstitucional fueron 23 gramos, que son evidencia ilícita y debe ser excluida según las reglas constitucionales y procesales siguientes: El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal sobre Ineficacia probatoria dice: *“Toda acción*

*preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”* El artículo 83 sobre legalidad de la prueba indica: *“La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”* c.- Excluidos los 23 gramos de droga, la tenencia reprochable es de dos gramos. En lo penal es de lógica que si el máximo deber del Estado es proteger los derechos humanos el catálogo punitivo debe referirse a las trasgresiones a tales derechos. Para ello se han constitucionalizado tres principios: - El de mínima intervención penal, - El de oportunidad, - El de legalidad. De acuerdo a la sentencia 004-09-SEP-CC en el caso 030-08-EP, de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición en lo atinente al Bloque de Constitucionalidad debe tomarse en cuenta que: *“Los preceptos constitucionales buscan un raciocinio entre los derechos constitucionales y los Derechos Humanos inherentes en el contorno internacional, relacionados en el bloque de constitucionalidad. ‘Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita’. El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos.”* **MÍNIMA INTERVENCIÓN** La Corte constitucional para el periodo de transición en la sentencia N° 034-10-SEP-CC del caso N° 0225-09-EP dijo sobre el principio de mínima intervención penal: *“El principio del Derecho Penal como*

*‘ultima ratio’ se soporta en dos postulados esenciales, a saber: a) que el derecho penal solo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo, no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado”.* **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** La Corte Constitucional para el periodo de Transición en sentencia N° 007-09-SEP-CC del caso N° 0050-08-EP estableció: “A este análisis se puede sumar lo sostenido por Jorge Quinzio respecto al principio de legalidad, cuando señala que: ‘el juez es el garante del principio de legalidad, aplica el derecho y controla la administración, si constituye, en definitiva, en una de las piezas fundamentales del Estado de derecho, se deben regular las garantías necesarias frente a los eventuales errores judiciales. Los ciudadanos deben tener confianza en la justicia. Ello se traduce en la seguridad de que existen los mecanismos técnicos apropiados para garantizar al máximo al ciudadano frente al eventual error judicial que se pueda producir’.” La Constitución de la República en el artículo 11.9 indica... “El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido... El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.” La Corte Constitucional para el periodo de Transición en la sentencia N° 007-09-SEP-CC del caso N° 0050-08-EP sobre el error judicial ha señalado: “...*Doctrinariamente, se dice que el error judicial es “el falso concepto que tiene el Juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el de derecho. El profesor Hernán García Mendoza define al error*

*judicial como: ‘aquel cometido durante el proceso criminal como consecuencia de un procesamiento o condena injusta, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.’ En nuestro ordenamiento el error judicial es el reconocimiento por parte del Estado, a través del recurso extraordinario de revisión, de que una sentencia penal condenatoria contiene una flagrante equivocación respecto de la culpabilidad del condenado, con todas las consecuencias que surgen del fallo adverso. Existe error judicial cuando: a) hay errónea apreciación de los hechos; b) mal encuadramiento en el Ordenamiento Jurídico de las circunstancias fácticas; y, c) utilización errónea de las normas legales.”* Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional del Ecuador por unanimidad con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura viola las garantías del debido proceso anteriormente analizadas, es una contravención expresa a normas internacionales, a la Constitución de la República y al Código de Procedimiento Penal, por lo que enmendando los errores cometidos se casa la sentencia impugnada y se ratifica el estado de inocencia de la señora Blanca Aux Rivas. Esto sin perjuicio de las acciones a que el error judicial da lugar. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen. De acuerdo a la acción de personal No. 2692-DNP-MY, de 24 de julio de 2012, actúe la doctora Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora de la Sala Penal Encargada. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL; Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL. Lo certifico.- Dra. Martha Villarroel Villegas. SECRETARIO RELATOR (e).

**3.2.11. Juicio Nº 1039 - 2011****Asunto:** Robo**Juez Ponente:** Dr. Johnny Ayluardo Salcedo**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-**

Quito, 15 junio de 2012; las 08h00. **VISTOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión del día 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según el Arts. 184, numeral primero de la Constitución de la República del Ecuador y art. 186 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial y Segunda Disposición Transitoria *ibídem* que dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”*. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que, por sorteo le corresponde a los señores Jueces Nacionales: Dr. Johnny Ayluardo, Juez Nacional Ponente, Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, quien actúa en remplazo de la señora Jueza Nacional, Dra. Gladys Terán Sierra; y, el Dr. Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional quien actúa en remplazo del señor Dr. Merck Benavidez Benalcázar, Juez Nacional. La señora abogada María Soledad Moreno, procuradora judicial del señor Ing. Rodrigo Vélez Valarezo, Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), en ejercicio de su derecho constitucional a la impugnación, en calidad de acusador particular, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Guayas, en que se confirma el estado de inocencia de los ciudadanos Víctor Miguel Orellana León, Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar quienes han sido procesados por el delito de robo tipificado en el art. 550 del Código Penal y sancionado en el art. 551 *ibídem*. Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se

considera: **1. COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los Arts. 184, numeral 1 y 76, numeral 7, literal k) de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186, numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. **2. VALIDEZ PROCESAL.** El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los Arts. 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; asimismo se ha aplicado lo que dispone el Art. 76, numeral tercero de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal. **3. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.** Conforme lo ha señalado en sus oportunidades, tanto en la imputación al deducir instrucción fiscal como en la acusación en juicio, la Fiscalía General del Estado sostiene que el día miércoles 20 de junio de 2007, las 14h30, el licenciado Víctor Miguel Orellana León, ingresa la bodega de evidencias del CONSEP, ubicadas en el segundo piso del edificio ubicado en la ciudadela Letel, Mz. 28, solar 1, de la ciudad de Guayaquil, lugar en que reposaban las evidencias consistentes en sustancias sujetas a fiscalización correspondientes a diversos procesos penales por infracción de Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, advirtiéndose que luego de remover el cielo raso se ha establecido residuos de yeso sobre una mesa y que se habían sustraído evidencia consistente en droga, que al ser inventariada se ha determinado que corresponde a noventa procesos penales registrados desde el caso etiquetado como CONSEP 185 hasta el 275-2007, habiendo un faltante en seis de ellos por un total de siete kilogramos, novecientos dieciocho gramos de droga, entre cocaína y heroína, hechos que han sido comunicados a través de sendos oficios dirigidos por Víctor Miguel Orellana al representante legal Litoral del CONSEP, Ing. Químico Joffre Jiménez Plaza. Para el ingreso a la bodega de evidencias del CONSEP se deben abrir dos puertas de vidrio y otra puerta de rejas las que tienen varios candados, llaves que se encontraban en

poder de los señores: Víctor Orellana León, Miguel Alcívar Avilés, depositarios de droga del CONSEP, dudándose también de la idoneidad de los señores encargados de la limpieza: Jorge Baidal Paredes y Gustavo Lascano Paredes. Con estos antecedentes, la Fiscalía General del Estado inicia instrucción en contra de los ciudadanos: Víctor Miguel Orellana León, Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar por presumirlos autores del delito de robo tipificado en el art. 550 del Código Penal y sancionado en el art. 551 ibídem. Realizada que ha sido la audiencia oral u pública de juicio en el Primer Tribunal de Garantías Penales del Guayas, con la prueba pedida, practicada y ordena a impulso de los sujetos procesales, el órgano judicial en sentencia confirma la inocencia de los procesados: Víctor Miguel Orellana León, Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar. **4. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- 4.1. DEL RECURRENTE: ING. RODRIGO VÉLEZ, SECRETARIO EJECUTIVO DEL CONSEP, ACUSADOR PARTICULAR.** El ciudadano Rodrigo Vélez Valarezo, Secretario Ejecutivo del CONSEP, a través de su procuradora Judicial, Abogada María Soledad Moreno, inicialmente expresa que se encuentra disconforme con la sentencia absolutoria dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales del Guayas por lo que con fundamento en el art. 3 de la Ley de Casación (Civil), considerando que en la especie el juzgador ha vulnerado el art. 76.7.I al no motivar en constitucional y debida forma la sentencia recurrida, particularmente al no mencionar en la decisión las normas o principios en que se fundamenta ya que sí se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito de robo (elemento material de la infracción) también se encuentra comprobada la participación penal (elemento subjetivo) en calidad de autor del señor Víctor Miguel Orellana León. Radicada la competencia en la Segunda Sala Penal de la ex Corte Nacional de Justicia, se dispone que el recurrente fundamente a través de medio escrito la impugnación efectuada. El recurrente fundamenta su impugnación en los siguientes puntos de derecho: 4.1.1. El recurso de casación interpuesto se basa en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal que es transcrito más no se precisa si la violación de derecho del juzgador en la sentencia se verifica ya sea por contravención de su texto, falsa aplicación o in-

terpretación errónea, lo cual resulta un mero enunciado por la generalidad en la interposición. 4.1.2. El juzgador ha infringido el art. 76.7.I de la Constitución de la República por cuanto al dictar sentencia no ha motivado su decisión al no constar de su texto las normas jurídicas y principios aplicables al caso con una explicación de la pertinencia de aplicación al caso concreto. 4.1.3. Se ha violado el art. 304.A del Código de Procedimiento Penal porque el juzgador, en el considerando sexto, expresa que “se ha comprobado la materialidad de la infracción, pero que no se ha comprobado la responsabilidad del autor de la indicada infracción”, pero que el Tribunal no explica como llegó a esta certeza. 4.1.4. El juzgador al dictar sentencia absolutoria ha violado el art. 11.5 constitucional pues debían aplicar la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos. 4.1.5. Que en virtud de los razonamientos expuestos la Sala especializada Penal de la Corte Nacional de Justicia debe casar la sentencia impugnada. **4.2. DEL CIUDADANO VÍCTOR MIGUEL ORELLANA LEÓN (NO RECURRENTE)** El ciudadano procesado Víctor Miguel Orellana León, por sus propios derechos, en calidad de abogado y procesado, comparece, y en contestación a la fundamentación del recurso efectuada por el Secretario Ejecutivo del CONSEP, expresa: 4.2.1. La parte recurrente no precisa no explica la norma constitucional, procesal o sustantiva que habría sido violada por el juzgador, por lo que tampoco existe una exposición razonada de los fundamentos de la impugnación. 4.2.2. Que el recurrente se fundamenta en las causales del art. 3 de la Ley de Casación (Civil) cuando correspondía que se lo haga en virtud de lo que dispone el art. 349 del Código de Procedimiento Penal por haber norma específica, por lo que tampoco el recurrente precisa cuál de las tres formas previstas en esta norma se habrían verificado en la violación de derecho por el juzgador en la sentencia. 4.2.3. Que no existe merito para que la sentencia sea casada por la Corte Nacional de Justicia. **4.3. DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (NO RECURRENTE)** El Ab. Francisco Campos Quintana, Fiscal Segundo de la Unidad Especializada contra la delincuencia organizada transnacional e internacional del Guayas, de modo negligente, fuera de tiempo legal interpone recurso de casación, mismo que ha sido denegado por el Tribunal, sacrificando con su actuación el derecho a la impugnación de este sujeto

procesal. Una vez que se ha radicado la competencia en la Corte Nacional de Justicia y habiendo fundamentado el recuso de casación por el Secretario Ejecutivo del CONSEP, y con traslado a los sujetos procesales, la Fiscalía General del Estado a través de la señora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Directora de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, expresa, en lo principal. 4.3.1. El juzgador ha violado el precepto constitucional del art. 76.7.1 que obliga al poder público la motivación de las decisiones que afectan a las personas, luego transcribe el texto normativo. 4.3.2 Que la falta de motivación de la sentencia constituye violación al art. 130.4 del Código Orgánico de la Función judicial, cuestión que se encasilla en falta grave conforme la descripción del art. 108 *ibídem*. 4.3.3. En el derecho romano los jueces nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento, es con la revolución francesa que surge la obligación por la que los jueces deben explicar claramente los motivos de la decisión esto con el propósito de evitar el exceso, la discrecionalidad y el abuso porque las decisiones se deben razonar, pues la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión. 4.3.4. Citando a Gozáini, *en la formación de la sentencia, primero se accede a buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de la elaboración...* agregando que, en consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delimitan el objeto procesal y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional, recalcando que la delimitación del tema deciden si la fijan los litigantes y no les posible al juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas, esto es, a la hora de motivar los jueces deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada. 4.3.5. La sentencia impugnada no cumple con el deber de motivación, pues se limita a señalar de una manera escueta que se halla comprobada la existencia del delito sin señalar qué delito pero anota que la Fiscalía imputa y acusa por robo, tipo penal, que esta descrito y sancionado en los arts. 550 y 551 del Código Penal, respectivamente, en tanto que la acusación particular a cargo de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP lo hace por el delito de hurto, tipificado

y sancionado en los arts. 547 y 548 *ibídem*. En tanto que a criterio del juzgador no se ha comprobado la participación penal de los procesados Víctor Miguel Orellana León, Miguel Ángel Alcívar Avilés, Jorge Alfredo Baidal Paredes y Gustavo Gilberto Lascano Caicedo. 4.3.6. Que en virtud de los razonamientos realizados procede el recurso de casación ya que de lo analizado se concluye que el Tribunal ha incurrido en una violación del mandato de motivación de las decisiones del poder público contenida en el art. 76.7.1.

**5. ANÁLISIS DE LA SALA. 5.1 CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN**

5.1.1 El recurso de casación es el remedio extraordinario que concede la ley contra las ejecutorías o sentencias firmes de los Tribunales de apelación, para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra la ley o doctrina legal, o con infracción de los trámites o formas más sustanciales del juicio. 5.1.2. La casación es un medio de impugnación, extraordinario, que se establece en caso de que el recurrente postule la revisión de errores jurídicos establecidos en una sentencia, los mismos que pueden ser errores in procedendo o in iudicando, en relación a la violación de la ley en la sentencia que puede ser contraviniendo su texto, su mala aplicación o errónea interpretación, por ser un recurso vertical y extraordinario que revisa la sentencia dictada por el juzgador de instancia, debe desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico por el juzgador, a un caso concreto, ya que los hechos probados en la sentencia se entienden que son ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, considerados por la doctrina como error incogitando. 5.1.4 La casación penal, en los delitos de acción pública, se puede interponer en contra de la sentencia que ha dictado el tribunal juzgador, cuando se haya detectado una violación de la ley, este mandato legal está recogido en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que establece *“el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; por lo que no le corresponde a este Tribunal analizar otras piezas procesales que no sea la sentencia.*

**5.2. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y LAS VULNERACIONES LEGALES INVOCADAS POR EL RECURRENTE.**

5.2.1. El casacionista en la fundamentación escrita, menciona que se ha producido una

violación de la ley en la sentencia toda vez que no existe motivación conforme lo manda el art. 76.7.I de la Constitución de la República y el art. 304 A del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>184</sup> han señalado que la motivación de las resoluciones judiciales en general y de las sentencias en particular forma parte de la noción del debido proceso y obliga al juzgador a expresar adecuadamente en sus sentencias aquellas razones en que se basa su decisión<sup>185</sup>, y ello comprende tanto la motivación jurídica como la motivación fáctica. La motivación de la sentencia está directamente relacionada con el Estado Constitucional de Derecho y Justicia dispuesto en el art. 1 de la Constitución de la República, siendo por tanto una garantía para el justiciable que conoce el motivo de la condena o absolucón, en tanto que para el juez pone de relieve los principios de imparcialidad (art. 8 de la Convención Americana Sobre derechos Humanos, art. 75 de la Constitución de la República, art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial) y sujeción a la Constitución y la ley (arts. 172, 424-427 de la Constitución de la República, art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial), despejando cualquier sospecha sobre arbitrariedad o parcialidad, en tanto que para la sociedad resulta de importancia conocer la forma de aplicación de la ley en los casos justiciables.<sup>186</sup> La motivación de la decisión es la contrapartida a la libertad decisoria que la ley ha concedido al juzgador para, por un lado, aplicar e interpretar las normas y de otra parte, para elegir entre dos o más opciones jurídicamente legítimas aplicables al caso. La motivación entonces es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juzgador en el caso concreto, evitando el ejercicio arbitrario de la potestad jurisdiccional.

5.2.2 Corresponde entonces a este Tribunal de Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia establecer si la falta de motivación de la sentencia

impugnada es o no causal de casación, y resuelto esto, luego dilucidar si en la especie se ha verificado o no esta violación por el juzgador. Del texto de la sentencia impugnada, principalmente en el considerando tercero (p.32) la Fiscalía de modo sorprendente e injustificado porque no razonó ni expreso la fundamentación de su decisión renuncia a la persecución penal respecto de los ciudadanos: Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar quienes han sido procesados por el delito de robo tipificado en el art. 550 del Código Penal y sancionado en el art. 551 ibídem, dejando tan sólo incólume la acusación respecto del ciudadano Víctor Miguel Orellana León. ¿Por qué razón la Fiscalía General del Estado, realiza esta renuncia? La respuesta no consta del texto de la sentencia ni de la expresión del fiscal constante en audiencia, por lo que resulta cuando menos inexplicable esta posición que conspira en contra de la racionalidad del ejercicio de la acción penal en manos de la Fiscalía General del estado como titular de esta acción, por lo que en ejercicio de este atributo debió explicar si tal renuncia era en virtud ya del principio de mínima intervención penal, principio de oportunidad, aplicables al caso. Ninguna explicación existe y no se repara en el hecho de que la base del sistema acusatorio oral descansa sobre la máxima de que "sin acusación no hay juicio". ¿Cómo se pudo promover una acción penal en contra de todos estos ciudadanos, que se encontraban en igualdad de situación para fines de la imputación y acusación Fiscal y luego renunciar en contra de todos y menos de Orellana León? No hay fundamentación que sostenga tal despropósito, de donde la decisión del Fiscal resulta irracional y vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 66.4 de la Constitución de la república. A una misma situación jurídica un mismo derecho. ¿Qué elemento o factor específico derivó en que se alteró la igualdad de situación de Orellana León, respecto de los otros procesados? La Fiscalía nada explica sobre este

<sup>184</sup> Cfr. Fix-Zamudio, *Los Derechos Humanos y su Protección Internacional*, Grijley Chiclayo, Primera Edición, 2009, pp. 197-270

<sup>185</sup> Cfr. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, art. 18, estatuye la obligación de motivar las decisiones y se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento del sistema impugnatorio, el adecuado control del poder del cual los jueces son los titulares, y, en último término la justicia de las decisiones judiciales.

<sup>186</sup> Cfr. Colomer Ignacio, *La Motivación de las Sentencias. Sus Exigencias Constitucionales y Legales*, Editorial Tirant Le Blanch, Valencia, 2003, p. 34. La racionalidad de la justificación de una sentencia está dada por el grado de adaptación existente entre la actuación judicial y las exigencias judiciales, de donde la racionalidad de la sentencia es una consecuencia directa del debido respeto de las reglas y exigencias que disciplinan, por una parte, el procedimiento judicial que se esté utilizando para esclarecer la controversia, y por otro, la aplicación de las normas en concreto.

punto, mucho menos si el grado de participación atribuidos a todos los procesados se encasilla ya sea en la autoría, la complicidad o en el encubrimiento. La persecución penal es injustificada e irracional entonces cuando no hay explicación de la decisión que lleva a la Fiscalía promover un caso que debió ser investigado con acuciosidad en cabal cumplimiento no solo de la titularidad de la acción penal sino de los principios de objetividad (art. 65 CPP) e investigación integral que como consta han sido soslayados al punto que incluso la sustracción de la evidencia (droga) no consta si se ha verificado bajo la modalidad de hurto o robo, porque no hay certeza sobre la existencia o no de los elementos constitutivos de cada uno de estos tipos penales, es entonces que se explica que en audiencia de juicio uno divergencia sobre este punto y existió dos teorías del caso, la una propuesta por Fiscalía sobre presunto robo, en tanto que la acusación particular, a cargo del CONSEP, sostuvo hurto. Esta divergencia sobre el tipo penal, provoca también divergencia sobre la pretensión punitiva, pues no es lo mismo perseguir robo que hurto, la pena es diversa y contiene elementos constitutivos específicos. Nótese que la Fiscalía y la acusación particular difieren en el tipo penal lo cual se expresa en sus teorías del caso, pero luego coinciden en renunciar a la persecución penal respecto de los ciudadanos Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar, manteniéndola respecto de Víctor Miguel Orellana León. ¿Cómo explicar este hecho, el Secretario Ejecutivo del CONSEP tenía o no esta facultad de renunciar a su acusación? La respuesta es sí, en virtud del principio dispositivo consagrado en el art. 168.6 constitucional, pero se debía explicar el por qué conforme el art. 76.7.1 ibídem. La carga de la prueba conforme determinación constitucional (art. 76.2 CR) en delitos de acción pública corresponde a la Fiscalía General del Estado como titular de esta acción (art. 195 CR), sin embargo en nuestro sistema procesal puede suscitarse una pretensión punitiva diversa a la de Fiscalía y que se expresa a partir de la acusación particular. Mientras la Fiscalía debía probar robo, a la acusación particular correspondía el hurto, en tanto que al juzgador le correspondía dar el derecho en virtud del iurianovit curia por el que co-

rresponde a las partes dar los hechos en tanto que al juez el derecho. Este Tribunal considera que el ejercicio de subsunción realizado por el juzgador en sentencia, al adecuar los hechos presentados por parte de la Fiscalía General del Estado y la acusación particular es razonable, mínimo pero motivado, porque analiza lo sucedido en audiencia de juicio, pese a que se realiza, en el voto de mayoría, una transcripción desordenada y literal del acta de audiencia de juicio para describir las exposiciones de las partes. No obstante, la decisión pese a ser primaria, básica, elemental cumple con informar el porqué de la decisión y de la falta de certeza respecto de la participación penal de los procesados Jorge Alfredo Baidal Paredes, Gustavo Gilberto Lascano Caicedo y Miguel Ángel Alcívar incluido Orellana León sobre el presunto delito contra la propiedad. 5.2.3 La fundamentación del recurso por el ciudadano Rodrigo Vélez Valarezo es insuficiente y se limita a enunciar las normas constitucionales presuntamente vulneradas por el juzgador a través de una violación genérica de la ley en la sentencia. En ninguna parte de su alegación consta el análisis y la explicación de pertinencia de la causal invocada versus las normas presuntamente infringidas de donde la fundamentación del recurso, resulta ineficaz, por no haberse justificado debidamente sus dichos, llegando incluso a sostener casación penal en virtud de Ley de Casación Civil. **6. RESOLUCIÓN.-** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal Especializada de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara sin lugar el recurso de casación interpuesto y por tanto confirma la sentencia venida en grado. Devuélvase el proceso al Tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. NOTIFÍQUESE Y PUBLIQUESE.- f) Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, Juez Nacional Ponente, Dr. Richard Villagómez Cabezas y Edgar Flores Mier, Conjueces Nacionales.- Certifico. Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator. **RAZÓN:** Siento por tal que las seis fojas (6) que antecede, son iguales a sus originales.- Certifico: Dra. Sara Jiménez Murillo SECRETARIA RELATORA (e)

**3.2.12. Juicio Nº 266-2012****Asunto:** Extradición**Juez Ponente:** Dr. Johnny Ayluardo Salcedo**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.**

Quito, 26 de junio del 2012, a las 10h20 **VISTOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, art. 344 del Código de Procedimiento Penal y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”*. Por lo expuesto, radicada la competencia en la Sala, avocamos conocimiento de la causa, por sorteo realizado. El Juez ponente, según las reglas del Código Orgánico de la Función Judicial y del Código de Procedimiento Penal, es el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo; y el Tribunal está conformado además por el Dr. Jorge Blum Carcelén y la Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza y Jueces Nacionales. Actúa en la presente el Dr. Richard Villagómez Cabezas, por licencia concedida a la Dra. Gladys Terán Sierra. **PRIMERO: COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala Penal, es competente para conocer y resolver los recursos, conforme lo dispone los arts. 184.1 y 76.7.k de la Constitución de la República, arts. 184 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, art. 344 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El recurso de apelación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los arts. 344 del Código de Procedimiento Penal vigente; asimismo se ha aplicado lo que dispone el art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y art. 13 inciso 2 de la Ley de Extradición, por lo que se declara su validez. **TERCERO: ANTECE-**

**DENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.-**

El Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 9 de marzo de 2012, las 08h30, dicta sentencia concediendo la extradición del requerido Maxin Viktorovich Myasnikov, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera: **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.- A)** En la audiencia oral, pública y contradictoria relativa al recurso de apelación y llevada a cabo el martes doce de junio de dos mil doce, a las trece horas, el Dr. Héctor Armas Hernández a nombre del recurrente Maxin Viktorovich Myasnikov, manifestó: Que el recurrente es el señor Maxin Viktorovich Myasnikov, quien es el requerido por la Federación de la República de Rusia, y que ha solicitado la extradición del recurrente por lo que en apego al art. 11 de la ley de Extradición vigente, se opone a la misma, por cuanto su defendido no ha cometido delito alguno en el Ecuador; sino en la República de Rusia pero ha sido absuelto por el tribunal de lo Penal de Kaliningrado, el día 24 de junio de 2005, según consta de fs. 877 a 881 del proceso, ha sido absuelto de toda culpa y es así que ha llegado al Ecuador en donde ha formado una familia con su esposa y un hijo y su residencia la fijó en la ciudad de Quito, que se ha demostrado el arraigo social con el contrato de arrendamiento el mismo que ha sido inscrito en el Juzgado de Inquilinato, que tiene un negocio en las Provincias de Manabí y Pichincha, con lo cual se demuestra que es una persona trabajadora y no un delincuente cualquiera, que el arraigo social también lo ha demostrado con las declaraciones realizadas al IVA, cumpliendo con la ley y los trabajadores que laboran con él. Que de acuerdo a lo establecido en el art. 5 numeral 1 de la Ley de Extradición, que en caso que se hubiese cometido delito alguno, éste no ha sido en el territorio ecuatoriano, ya que desde el ingreso al país no ha salido del mismo. Que el art. 8 inciso segundo ibídem, se refiere de que transcurridos 40 días desde aquel en el que se produjo la detención, el Estado requirente no hubiera presentado la solicitud de extradición, esto quedará nulo y que la detención se efectuó el 6 de julio de 2011, y los 40 días se cumplieron

el 14 de agosto de 2011, y la entrega de la documentación por parte de la Embajada de Rusia lo ha realizado el 16 de agosto de 2011, es decir que han transcurrido 42 días, con lo cual ya no se podía proceder con la extradición del recurrente. Indica la defensa que el art. 9 ibídem, dice que no existe tratado bilateral entre Ecuador y la República de Rusia por lo tanto no se podría aplicar el principio de reciprocidad, porque claramente manifiesta el art. 9 de la Ley antes citada, tiene que ser por vía diplomática y que el representante de la Fiscalía de Rusia no es el competente para solicitar este requerimiento sino el Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia y el Ecuador. Que al hacerse la captura al recurrente se han violado los arts. 76, numeral 3 y art. 77, numeral 5 de la Constitución de la República; que personal de GIR de la Policía Nacional, ha allanado el domicilio del recurrente y de allí ha desaparecido 7.200 dólares. Que existe una mala actuación de la Policía, por cuanto los agentes aprehensores no han leído los derechos del detenido, sin tomar en cuenta que el mismo era un ciudadano ruso, y no entiende a la perfección el idioma español, violentando de esta manera el art. 75 ibídem, que todas las personas tienen derecho al acceso a la justicia gratuita y a la tutela efectiva por lo que solicita que no se conceda la extradición y se ponga en inmediata libertad a Maxin Viktorovich Myasnikov. **B)** En la misma audiencia oral, pública y contradictoria se le concede la palabra a la Dra. Paulina Garcés, delegada de la Fiscalía General del Estado, quien manifestó: Que efectivamente la Ley de Extradición en el art. 13 inciso final, dice (...) que en el plazo improrrogable de tres días siguientes al de la audiencia, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia pronunciará sentencia concediendo o negado la extradición (...) la misma que puede ser impugnada en apelación. Añade la fiscalía que la fundamentación del recurso por parte de la defensa del recurrente no tiene sustento por las siguientes razones: **1.-** Que en el asunto concreto el Ecuador no es competente para juzgar la conducta que el requerido haya mantenido en la República de Rusia, esta atribución le corresponde únicamente a los tribunales penales de esa república; y de lo que se trata es resolver, en audiencia la apelación, de la extradición y no de declarar la culpabilidad o inocencia del ciudadano requerido. **2.-** Manifiesta la Fiscalía que por medio de la Embajada Rusa se ha ini-

ciado un proceso de extradición en contra de Maxin Viktorovich Myasnikov, teniendo como antecedente el requerimiento de la Federación Rusa, por delitos cometidos en esa república como muerte, tráfico de armas y otros delitos; además teniendo como referencia que el Ecuador ya había procedido en este sentido con otros ciudadanos de la misma nacionalidad. **3.-** Que mediante Nota, N°-190 de 24 de agosto de 2009, la Embajada de la Federación Rusa, solicita la detención con fines de extradición de los ciudadanos rusos, Maxin Viktorovich Myasnikov, Igor Vasilievich Ostapchenko y Denis Aleksandrovich Inovich, por delitos cometidos en esa república, que aceptada a trámite la solicitud, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, ha dispuesto la detención de los prenombrados ciudadanos, habiendo sido capturado Denis Aleksandrovich Inovich, el 23 de septiembre de 2009, que el Estado requirente ha entregado el 13 de octubre de 2009, la solicitud formal de extradición en contra de Maxin Viktorovich Myasnikov, Igor Vasilievich Ostapchenko y Denis Aleksandrovich Inovich, que luego del trámite legal el requerido Denis Aleksandrovich Inovich ha sido extraditado y entregado a las autoridades de la Federación Rusa el 28 de abril de 2010; que en cuanto al reclamo de Maxin Viktorovich Myasnikov, y de la documentación adjuntada al proceso, se desprende que el Juez Regional de Kaliningrado, el 24 de julio de 2006, decide suspender todo lo actuado en el proceso y ordena la detención de Maxin Viktorovich Myasnikov; que en cumplimiento a la orden de detención dictada por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia el requerido ha sido detenido el 6 de julio de 2011. **4.-** Que el recurrente ha indicado que reside en el Ecuador, específicamente en la ciudad de Quito, conforme el contrato de arrendamiento legalizado en un Juzgado de Inquilinato de esta ciudad, que tiene una familia conformada por su esposa y un hijo ecuatoriano, que tiene una empresa y que además es cumplidor de sus obligaciones, continua con su exposición la Dra. Garcés y manifiesta que no se trata de hacer juicio de valor sobre su conducta familiar, ni su conducta laboral ni siquiera su estadía, que esa situación no está en duda y que estos argumentos no impiden que la Federación Rusa pueda solicitar al Ecuador la extradición del señor Maxin Viktorovich Myasnikov; y, si bien no existe convenio de extradición entre Ecuador y

Rusia, no es menos cierto que la Federación Rusa haya fundamentado su pedido en un principio de asistencia de colaboración mutua para la represión de delitos. **QUINTO: MOTIVACIÓN.-** La doctrina explica que: “(...) *La motivación de derecho involucrada en toda sentencia, se relaciona con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes, a los hechos establecidos en la causa, con base en las pruebas aportadas por las partes. Por lo tanto, lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez es, precisamente aquel trabajo de ‘subsunción’ de los hechos alegados y aprobados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevea, a través del enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la prevención abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Tal enlace lógico entre los hechos que el juez ha establecido como resultado del examen de las pruebas y las previsiones abstractas de la ley, se resuelve en lo que Satto llamó ‘la valoración jurídica del hecho’, esto es, la transcendencia que jurisdiccionalmente se atribuye al hecho, para justificar el dispositivo de la decisión y a este respecto, es clara la obligación que tiene el juez de expresar en su fallo las consideraciones demostrativas de aquéllas valoración, y justificativa del partido que toma el juez al aplicar los preceptos legales correspondientes, como única vía para que el fallo demuestre aquél enlace lógico hecho-norma que viene a ser el punto crucial de la motivación en la cuestión de derecho; pues a través del examen de esas consideraciones, es como podrá efectuarse la determinación de si el juez erró o acertó en la aplicación de la ley*”<sup>187</sup>. “Entendida así, es en la motivación de la cuestión de derecho donde se encuentra virtualmente reconducida la parte más excelsa y delicada de la actividad decisoria del juez, pues al fin y al cabo el objetivo final de la jurisdicción es la declaración del derecho, que bajo el principio de la legalidad explica y al mismo tiempo condiciona la actividad del juez. Por ello la falta de motivación de la cuestión de derecho, constituye un vicio, quizás institucionalmente el más grave, en el que el órgano jurisdiccional puede incurrir (...)”<sup>188</sup>. Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la

República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de lo laboral fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **SEXTO: ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI: 1.- DE LA EXTRADICIÓN.-** El autor chileno Gustavo Labatud Glena, en su obra titulada DERECHO PENAL, expresa “La soberanía de cada Estado expira en sus fronteras; pero existe una instancia de asistencia jurídica internacional, la extradición, que permite perseguir a los delincuentes que se fugan del país, en que delinquieron, a fin de evitar, que exista punto alguno de la tierra donde un delincuente pueda encontrarse a salvo de la justicia represiva. La extradición (de extra-tradere- entrega afuera) es el acto jurídico por el cual un Estado entrega al delincuente refugiado en su territorio a otro Estado que lo reclama para someterlo a proceso o para imponerle la pena a que ha sido condenado. Presenta un carácter mixto de derecho y deber internacionales: derecho a reclamar la entrega, deber de concederla. Se divide, por consiguiente en activa y pasiva. Activa respecto del país requirente, el que solicita la entrega de delincuente; pasiva respecto del requerido, el que la concede, o deniega si la solicitud no se ajusta a derecho. Reconoce como fundamento las necesidades de la defensa social, que exige el auxilio mutuo de los Estados para evitar la impunidad de los delitos. La extradición es, por eso mismo, un eficaz instrumento para luchar contra la criminalidad internacional. Pero a esta consideración general se agregan otras dos de carácter práctico: en lo tocante al requirente, la necesidad de que el juicio penal se instruya en el lugar en que se perpetró el delito; respecto del requerido, la conveniencia de desembarazarse de los criminales que buscan refugio en su suelo: **2.- DE LAS FUENTES DE LA EXTRADICIÓN.-** Este

<sup>187</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación N° 00175-250403-00559-00492

<sup>188</sup> Leopoldo Márquez Áñez. Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana. Pág. 40

instituto se regula normalmente por tratados, estos, por convenciones celebradas entre dos o más países (bilaterales o multilaterales) que se obligan recíprocamente a entregar, previo cumplimiento de ciertas formalidades, a los responsables de determinados delitos (...) a falta de tratados, o fuera de los casos incluidos en ellos, la extradición se rige por convenios de reciprocidad, que, fundados en la cortesía internacional, consiste en acuerdos particulares celebrados entre los Estados, en que el requirente se compromete con el requerido a proceder en el futuro de la misma manera cuando se presenta un caso análogo...”<sup>189</sup>

**3.- DEL CASO SUB JUDICE:** En el caso que nos ocupa, el recurrente en lo principal ha manifestado que su detención es inconstitucional, ya que no existe un convenio de extradición entre el Ecuador y la República de Rusia, que el requerimiento de extradición no ha sido solicitado vía diplomática sino por intermedio de la Fiscalía General de Rusia, señala que ha sido detenido el 6 de julio de 2011, por lo que considera que se ha violado la Ley de Extradición, ya que dentro de los 40 días que establece la Ley, no se ha presentado la documentación que justifique dicho requerimiento, pues los mismos han sido presentados a los 42 días; así también ha indicado que el arraigo ha sido justificado y que tiene un hijo ecuatoriano, igualmente señala que tiene un negocio y que cumple con el pago de sus obligaciones fiscales y patronales. Añade el recurrente, que se ha violado el art. 8 de la Ley de extradición, los arts. 69 y 79 de la Constitución de la República, así como también los arts. 1, 7 y 5 numeral 1 de la Ley de Extradición. **SÉPTIMO: DECISIÓN:** 1.- La extradición es un acto de colaboración penal internacional, por medio del cual un Estado, en cuyo territorio se ha refugiado el presunto responsable de un delito, ya sea condenado o enjuiciado, entrega a dicho sujeto al país que lo reclama, para que cumpla la condena o siga adelante el juicio. 2.- La sentencia recurrida no adolece de vicios, ni constitucionales ni legales que puedan afectar su validez jurídica. 3.- La fundamentación del recurso de apelación a la sentencia emitida por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia no tiene asidero jurídico, toda vez que al haberse alegado que la documen-

tación llegó extemporáneamente a los 42 días, este plazo no constituye limitación ni nulita el expediente de extradición, según lo determina el inciso 4 del art. 8 de la Ley de Extradición que en su parte pertinente señala: “Que no será obstáculo para una nueva detención ni para la extradición, si la solicitud de ésta llegare después de la expiración del plazo que señala el inciso 2do de este artículo”. 3.- En consecuencia, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza por improcedente y falta de fundamentación el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Maxim Viktorovich Myasnikov; y se confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. Notifíquese y cúmplase.- f) Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuer Nacional.- Certifico.- Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator

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

**Quito, 16 de julio de 2012; a las 10h00.**  
**VISTOS:** El señor Maxim Victorovich Myasnikov solicita ampliación y aclaración de la sentencia dictada el 12 de junio de 2012, a las 16h30, al respecto éste Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, considera lo siguiente: **1.-** El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, puntualiza que “*El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su contenido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días*”. A su vez el art. 282 ibídem reza: “*La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada. Para la aclaración o la ampliación se oirá previamente a la otra parte*”. **2.-** El petitorio de aclaración y ampliación no contiene fundamento legal alguno que motive su admisión en razón de que el fallo dictado por éste Tribunal es lo suficientemente inteligible. Por otro lado la petición el señor

<sup>189</sup> LABATUT GLENA Gustavo, “Derecho Penal Tomo I”, Novena Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, pg.87 y 88

Maxim Victorovich Myasnikov, contiene la misma argumentación que ya fue enunciada y expuesta en la audiencia oral, pública y contradictoria que tuvo lugar en la presente causa, por lo tanto, mal se podría volver a argüir lo que ya fue resuelto como materia principal en la resolución de este recurso de apelación. **3.-** En consecuencia y, por cuanto no han variado los fundamentos que motivaron la expedición de lo resuelto por éste Tri-

bunal, se desestima la solicitud de aclaración y ampliación.- Notifíquese.- f) Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.- Certifico.- f) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator **RAZÓN:** Siento por tal que las cuatro fojas (4) que antecede, son iguales a sus orinales.- Certifico: Dra. Sara Jiménez Murillo SECRETARIA RELATORA (e)

### 3.2.13. Juicio N° 84-2011-P-LBP

**Asunto:** Atentado al Pudor

**Jueza Ponente:** Dra. Lucy Blacio

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-**

Quito, 10 de octubre de 2012.- Las 11h30.- **ACLARACIÓN PRELIMINAR** Este Tribunal ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la niña víctima en este proceso, suprimir de toda futura publicación de la presente sentencia, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación<sup>190</sup>. **VISTOS.- I. HECHOS.** En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura, el 16 de diciembre de 2010, constan los siguientes hechos: “El día 20 de mayo del 2.009, a las 12h30, aproximadamente, en la escuela “Modesto Peñaherrera”, ubicada en la ciudad de Cotacachi, la niña Shaden Sheccid Chisag Rodríguez, de 8 años de edad, ha sido víctima de atentado al pudor por parte de su profesor José Ricardo Vásquez Paredes, quien luego del horario de clases le ha hecho quedar y ha procedido a tocar sus genitales y colocar su pene entre las piernas, y que estos hechos han ocurrido varias veces”<sup>191</sup>. **II. ANTECEDENTES PROCESALES** *El Tribunal Segundo de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura*, con fecha 20 de noviembre de 2010 dicta “sentencia condenatoria en contra de JOSE RICARDO VÁSQUEZ PAREDES, cuyo estado y condición constan de esta sentencia, a la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, por considerarle autor material del delito tipificado y sancionado conforme al

Art. Innumerado 504.1 del Código Penal, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Ibarra. No es posible la aplicación de atenuantes para la modificación de la pena por la prohibición prevista por el artículo 528.20 del Código Penal”. Fallo que el procesado impugna a través del recurso apelación. *La Corte Provincial de Justicia Imbabura, Sala de lo Penal y Tránsito*, el 16 de diciembre de 2010, desecha el recurso de apelación interpuesto y CONFIRMA en todas sus partes la sentencia recurrida. De este fallo el procesado interpone recurso de casación. **III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN. 3.1. Intervención del casacionista** José Ricardo Vásquez Paredes<sup>192</sup> Representado por su defensor **Dr. Xavier Andrade Castillo**, manifiesta en lo principal lo siguiente: **3.1.1.-Indebida aplicación de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.-** Indica que la sentencia recoge la doctrina del Dr. Francisco Muñoz Conde para establecer la culpabilidad del señor José Vásquez Paredes, culpabilidad que es prácticamente contradictoria en cuanto a lo que postula el maestro, quien rechaza la postura clásica y original de que el delito tiene dos partes, una parte objetiva y una subjetiva. El maestro sostiene que la culpabilidad tiene que ver con la teoría del sujeto responsable, esto es, imputación objetiva, imputación de autor, no de acto. Según el recurrente equivoca la sentencia cuando sostiene que los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Penal establecen el nexo causal, por la prueba aportada por la

<sup>190</sup> En aplicación del artículo 78 de la Constitución y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia

<sup>191</sup> Expediente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, f. 4 vta.

<sup>192</sup> Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación

denunciante y parte acusadora. El fundamento que provocó la sentencia del Tribunal, acogida por la sentencia de la Corte Provincial Única Sala, a partir del considerando cuarto establece que "...la responsabilidad y materialidad, no la responsabilidad fundamentalmente del fallo dice, se toma en cuenta la declaración del Dr. Pedro Pablo Luna, quien dice que la niña le ha referido, primera situación. Segundo, con el testimonio anticipado de la menor; tercero, testimonio de la psicóloga Natasha Villacreses, que también refiere a lo que le dijo la menor, y también la denuncia de la tía madre, calidad compartida por esto; esto quiere decir que la aplicación del Art. 87 y 88 hecho por el Tribunal y hecho por la Corte, es una aplicación totalmente errada, porque están estableciendo materialidad con evidencia o prueba de referencia, es decir lo que dijo la niña lo repitió el médico, lo que dijo el médico lo repitió la tía de la niña que es la que presentó la denuncia, y también el rector del colegio; no es posible establecer responsabilidad alguna ni nexo causal con prueba referencial. Mala, equivocada aplicación del Art. 87, 88 del Código de Procedimiento Penal, error in indicando...". **3.1.2.- Violación al principio de lesividad.-** Al respecto señala: "...La segunda y fundamental diría yo, argumentación de la defensa del señor Vásquez Paredes, se dirige explícitamente a lo contenido en el artículo 504.1 del Código Penal, esto es el atentado contra el pudor. Tanto la doctrina que ustedes señores jueces, se encontrarán siempre en esta discusión de este conocido delito de intimidad, y por qué es tan difícil el delito de intimidad, por básicamente todos los delitos sexuales se dan en lugares abandonados o en núcleos intrafamiliares. Esto impide realizar una valoración de la prueba. Procesalmente lo que es necesario para probar un atentado contra el pudor y en concordancia con lo que dice la Constitución, es probar el famoso principio nulla necessitas sine iniura, que es el principio de lesividad. ¿En qué consiste el principio de lesividad? Es que todo tipo penal, incluso ustedes podrán verificar las discusiones que se realizaron en el Congreso a partir del año 2006 cuando fue publicada la reforma, las discusiones fueron a los actos de tocamiento, sí, al sometimiento sí, es correcto. Pero no son actos materiales fundamentalmente, por lo que se busca a través de esta norma

prohibitiva de hacer estos actos, es señalar puntualmente, cuál es bien jurídico protegido. Si ustedes revisan el fallo que estamos impugnando a través de este recurso, jamás menciona un bien jurídico protegido. El bien jurídico que se protege es el sano desarrollo sexual de un menor? Con evidencia posterior, a sabiendas de que el niño ha alterado su comportamiento posterior luego de este acto. Es tan importante esto, que esto nos permite hacer justicia en forma adecuada, y no solamente aplicar una teoría material de actos de tocamiento...". **3.1.3.- Falta de motivación.-** "esta sentencia no solamente que vulnera la garantía dispuesta en el Art. 76 número 7 letra l), falta de motivación, sino que viola la defensa al no permitirle saber cuáles son los motivos por los cuales le ponen 4 años. No existe una puntualización de prueba evacuada por parte de la defensa. Por lo tanto una falta de aplicación de la norma constitucional antes citada y vulneración de la obligación que tiene el juzgador de analizar tanto la prueba de cargo como la de descargo, de tal manera que permita una igualdad procesal...". Concluye solicitando que se acoja el recurso de casación y se declare la inocencia del señor José Ricardo Vásquez Paredes y sobre todo sentar jurisprudencia frente a estos delitos de intimidad, en los cuales no solamente los actos materiales de tocamiento constituye lesividad. **3.2 Intervención de la Delegada de la Fiscalía General del Estado**<sup>193</sup> La Dra. Elizabeth Gaibor, en lo principal manifiesta: "la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el acusado y que se ha referido básicamente a la indebida aplicación del Art. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, esto es, a decir del abogado del recurrente, no haberse establecido el nexo causal entre la existencia de la infracción y la responsabilidad del recurrente; además, por no haberse establecido la lesividad o establecido el bien jurídico protegido que se afectó, que es el sano desarrollo sexual del menor y que hacía referencia a que no se ha hecho un examen posterior respecto a comprobar si efectivamente se ha lesionado este bien jurídico, debo indicar que la sentencia recurrida confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura que declaró la culpabilidad del señor recurrente por el delito de atentado al pudor, contra una menor

<sup>193</sup> Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación

de 8 años, (...) se tomó un testimonio urgente de la menor; no solamente es una prueba referencial como lo ha manifestado el señor Abogado del recurrente; si bien es cierto existe el testimonio de la menor, en el que se establece que el recurrente era profesor de su grado, en el aula de clases, después de clases, cuando se encontraban solos, le había tocado sus partes pudendas y adicionalmente a esto le había colocado su pene entre las piernas; también este testimonio es corroborado con el testimonio vertido por la perito que realizó el examen psicológico, y en eso, no solo se hace referencia a lo que le contó la menor como lo ha indicado el señor abogado del recurrente, sino que se establece y así lo manifestó y se ratificó en su testimonio cuando lo practicó en la audiencia de juzgamiento, que la menor se encuentra afectada, ensimismada, introvertida, (...) es decir que, efectivamente se determinó la responsabilidad del acusado no solamente haciendo referencia al testimonio de la menor que en estos casos es relevante como en múltiples fallos la Corte Nacional así lo ha determinado, sino también porque es coherente con un examen psicológico que lo ha indicado el señor abogado, que es trascendente en este tipo de delitos".

**IV.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

**4.1.- Competencia del Tribunal.-** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 349 del Código de Procedimiento Penal.

**4.2.- Validez Procesal.-** El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

**4.3.- Naturaleza jurídica del recurso de casación.-** La casación es una institución procesal, recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza

únicamente un análisis in iure de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una incorrecta aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se constituye en un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. Forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas formal y materialmente conformes a sus disposiciones. La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 8.2, literal h de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: "*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*". El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: "*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley*". La Constitución de la República del Ecuador, reconoce este derecho en el artículo 76.7.m. Luis Cueva Carrión señala que: "...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."<sup>194</sup>. El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley<sup>195</sup>, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, excepto cuando éste comete errores de derecho en la valoración de la prueba. En este caso es procedente que se examine la forma en que se valoraron las pruebas, con

<sup>194</sup> Luis Cueva Carrión, la Casación en Materia Penal, Ediciones Cueva Carrión. Segunda Edición, Quito, 2007, Pág. 146.

<sup>195</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 349 "...No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".

el fin de analizar el juicio de derecho que respaldó la sentencia. Mediante esta sentencia se materializa la tutela judicial efectiva y la motivación como derecho del debido proceso. **4.4.- Análisis de la argumentación del recurso de casación.**

**4.4.1. Bien jurídico protegido.-** En el presente caso por tratarse de un delito sexual, cuya víctima es una niña de 8 años de edad, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo integral<sup>196</sup> de su personalidad y su integridad sexual. En la Constitución de la República, consta como una obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Se define el desarrollo integral de una niña, niño y adolescente, al 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<sup>197</sup>. Responsabilidad que obliga a que el Estado actúe de conformidad a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, otorgarle protección "...contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo..."<sup>198</sup>; velar porque "...Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes..."<sup>199</sup>; y proteger "...al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales..."<sup>200</sup>. Los niños, niñas y adolescentes tienen todos los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad<sup>201</sup>. El ejercicio de sus derechos lo ejercen de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo emocional, físico y mental, por lo tanto, esto debe ser valorado al momento de analizar los tipos penales de

violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes, puesto que las acciones de carácter sexual en la persona de un niño, niña o adolescente afectan su derecho a una vida digna libre de violencia. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violencia sexual debe entenderse como las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico<sup>202</sup>. La dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende el alcance de un acto sexual, afecta la evolución y desarrollo integral de su personalidad. Un niño, niña y adolescente es indenne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual<sup>203</sup>. En relación al delito por el que fue procesado José Ricardo Vásquez Paredes, esto es atentado al pudor, este se configura cuando el sujeto activo por medio de la fuerza o coerción obliga al sujeto pasivo a realizar actos sexuales, como tocamientos, abrazos, besos, caricias, etc., sin que exista el acceso carnal; su principal característica es el aprovechamiento de la condición de la edad (menores de dieciocho años) o discapacidad de las víctimas, en el caso en concreto la niña víctima es vulnerable a la intimidación de su profesor, hombre adulto en condición de superioridad. Los hechos fácticos materia del enjuiciamiento se adecuan a la conducta señalada para configurar el delito de atentado al pudor tipificado en el Código Penal artículo innumerado 504.1, contenido en el Capítulo II Del Atentado contra el Pudor, de la Violación y del Estupro<sup>204</sup>; disposición que es interpretada mediante Ley<sup>205</sup>, en la cual se señala que "los elementos constitutivos de las conductas que

<sup>196</sup> Convención de los Derechos del Niño, Art. 27.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

<sup>197</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 44.

<sup>198</sup> Convención de los Derechos del Niño, Art. 19.

<sup>199</sup> *Ibíd.*, Art. 37.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, Art. 34.

<sup>201</sup> Constitución art. 45 Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

<sup>202</sup> Informe Temático de la CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011. Párrafo 5.

<sup>203</sup> Al respecto Francisco Muñoz Conde, al analizar el bien jurídico protegido de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales, señala que en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la "intangibilidad" o "indemnidad" que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces. Derecho Penal, Parte Especial. 17ª ed. Tirant lo Blanch. 2009, Pág. 191 a 197.

<sup>204</sup> Código Penal Art. ...- "Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal".

estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia". Las palabras "someta"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo. La vulneración de los derechos al desarrollo integral de la personalidad e integridad sexual de la víctima, se maximiza porque la comisión del acto delictivo es perpetrada por su profesor, en el entorno de la escuela<sup>206</sup>, aprovechándose de su relación de poder, de superioridad como autoridad-profesor con respecto a la niña-alumna. **4.4.2. Interés superior de niños, niñas y adolescentes.-** En la Opinión Consultiva OC-17/2002<sup>207</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresa que el "interés superior del niño", implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Al respecto la Corte Constitucional para el periodo de transición analiza el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, indicando en lo

principal lo siguiente: "...interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. [...] En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el artículo 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas, sino como especiales de protección<sup>208</sup>". La víctima de este proceso es una niña de 8 años de edad, por lo que las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio de interés superior del niño dispuesto por el artículo 44<sup>209</sup> de la Constitución. Los procesos penales en los que son víctimas niños, niñas o adolescentes tienen un interés especial para los juzgadores, se deja de centrar su objetivo único de castigar al procesado y se mira las garantías de protección especial de la víctima. Esto no implica que se vulnerará el derecho a la defensa del procesado, ya que este tiene el derecho de una activa

<sup>205</sup> Ley Interpretativa N° 2006-53, publicada en el Registro Oficial N° 350 de 6 de Septiembre de 2006.

<sup>206</sup> Paulo Sérgio Pinheiro, en el Informe Mundial Sobre la Violencia contra los Niños y Niñas, señala que "El abuso sexual, la violencia física y psicológica y el acoso sexual son formas de violencia que tienen lugar en todos los entornos. En la mayoría de las sociedades, el abuso sexual de niñas y niños es más común dentro del hogar o es cometido por una persona conocida por la familia. Pero la violencia sexual también tiene lugar en la escuela y otros entornos educativos, tanto por parte de los padres como de los educadores". Publicado el 18 de octubre 2011.

<sup>207</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 17, 28 de Agosto de 2002.

<sup>208</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N° 010-12-SEP-CC, caso N° 1277-10-EP, de 15 de febrero de 2012

<sup>209</sup> Constitución de la República del Ecuador, art. 44.- 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.

participación en todos los procedimientos de la causa. **4.4.3.- Importancia de la prueba indiciaria en los delitos sexuales.**- Rives Seva, define a la prueba indiciaria “como aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados -indicios- y el que se trate de probar-delito”<sup>210</sup>. Esta prueba está compuesta por indicios útiles que se recogen muchas veces durante la práctica de la prueba, cuando se receptan testimonios, informes o inspecciones, se llegará a la verdad por medio de la razón. En los delitos sexuales las pruebas deben ser valoradas, de acuerdo con los estándares establecidos en los instrumentos internacionales y a la normativa del derecho interno que garantice la protección de los derechos de la víctima. Por lo que es obligación del juzgador apreciar la prueba aplicando estos estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Cuando se identifica una prueba indiciaria es necesario adoptar ciertas medidas antes de perderlas, en los delitos sexuales puede suceder que por la experiencia traumática, la vulnerabilidad de las víctimas, amenazas u otras circunstancias psicológicas las versiones varíen durante el proceso, es por eso que el testimonio urgente tiene su importancia y en el caso concreto debe ser valorado como prueba relevante para demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado y no desvalorizarlo como pretende el recurrente. En los delitos sexuales se puede definir la prueba indiciaria como la inferencia razonable sobre hechos probados que se conectan entre sí

para generar conclusiones inequívocas de ciertos aspectos referenciales sobre el delito, pero que se muestran como elementos subjetivos necesarios para probar directamente hechos mediatos de la conducta reprochable<sup>211</sup>. La obtención de las declaraciones de niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual<sup>212</sup> es fundamental para la identificación de los autores y demás personas involucradas en el delito, no obstante esta obtención es una tarea complicada por las inhibiciones, bloqueos, lagunas mentales que suelen tener las víctimas, además que para ellos implica revivir los hechos, lo cual puede generar un daño adicional o victimización secundaria (revictimización), además que está prohibido por la Constitución en su artículo 78<sup>213</sup>. Así también puede surgir la necesidad inconsciente de reprimir ciertas vivencias, de ahí la importancia de la prueba indiciaria, la cual es la versión dada más cercana a la fecha de los hechos. Respecto a este punto la Corte Interamericana se ha pronunciado que cuando los casos de delitos sexuales, contienen imprecisiones en sus versiones, esto es resultado de experiencias traumáticas, específicamente señala que: “**...Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho...** La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, **cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos.** Dichos relatos, además, fueron rendidos en dife-

<sup>210</sup> Citado en El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Carolina Rodríguez Bejarano. Rives Seva, Antonio Pablo. La prueba en el proceso penal. Pamplona: Aranzadi, 1996. Pág. 99.

<sup>211</sup> El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Carolina Rodríguez Bejarano. Artículo informe de avance de la investigación titulada: “Medidas de reparación simbólica ordenadas por la CORTE IDH en el caso colombiano” adscrita al Grupo de Investigación en Derechos Humanos Reconocido por la Universidad Libre-Seccional Pereira. Semillero de Derecho Procesal 2011.

<sup>212</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 68.- Concepto de abuso sexual.- Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio. Cualquier forma de acoso o abuso sexual será puesto en conocimiento del Agente Fiscal competente para los efectos de la ley, sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan.

<sup>213</sup> Constitución artículo 78 “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”.

rentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña... Es en base a esto que, a criterio del Tribunal, el haber respondido que no había sido violada cuando fue preguntada por el primer médico y el no haber indicado la violación sexual por parte de militares en la siguiente visita médica, no desacredita sus declaraciones sobre la existencia de la violación sexual. Por último, dicha omisión puede deberse a no contar con la seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido<sup>214</sup>". Sobre esto la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual adujo: "Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. La prueba indiciaria<sup>215</sup> "implica la concurrencia de indicios plenamente acreditados, que permitan establecer inequívocamente relación entre el hecho base o indicador y el hecho consecuencia y que por inferencia posibiliten llegar a una única conclusión posible"<sup>216</sup>. Por lo que "En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba directa, testigos presenciales u otra de medios de convicción, las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, permiten al juzgador hacer una apreciación inteligente, a base del criterio que guía el acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y la lucidez del juzgador, norma que guar-

da relación con lo preceptuado en el Art. 192 de la Constitución Política, que con mucho realismo declara que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades..."<sup>217</sup>. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente". Por lo antes expuesto, en el presente caso, el testimonio urgente es una prueba relevante que debe ser valorada en conjunto con el resto de pruebas controvertidas en el momento procesal indicado. **4.4.4.- Indebida aplicación de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.**- En cuanto a la indebida aplicación, esta se presenta cuando el juzgador al resolver aplica una norma que no se adecua al caso concreto, es decir los hechos probados no se subsumen a la norma aplicada. Nos permitimos citar al tratadista Orlando Rodríguez, quien respecto a la indebida aplicación de la ley, señala: "Si se trata de una aplicación indebida, la proposición jurídica, para que sea completa y correcta, debe identificar el error, precisar cuál fue la norma del bloque de constitucionalidad, constitucional, legal o la doctrina jurisprudencial de carácter sustancial que se aplicó indebidamente, y además de su trascendencia, indicarle a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuál norma debió aplicar el juez de instancia y que en el fallo de sustitución debe aplicar. De manera que si el censor únicamente plantea la indebida aplicación y no propone cuál debió aplicarse, la proposición queda incompleta, consecuentemente es un deber del impugnante plantear la solución correcta del caso."<sup>218</sup> Si bien el procesado en la fundamentación del recurso de casación alega que el Tribunal juzgador aplicó indebidamente los artículos 87 y 88 del Código de Procedimien-

<sup>214</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de Agosto de 2010, párrafos 89, 91 y 95

<sup>215</sup> Carolina Rodríguez Bejarano, *El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Libre Seccional Pereira, págs. 29-30. "La prueba indiciaria "es la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el Juez como conclusión del orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble."

<sup>216</sup> *Ibidem*. Pág. 31

<sup>217</sup> Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Resolución del juicio penal N° 442002 en contra de Jesús Pastor Atiz Pinchao, el 20 de noviembre del 2002, publicado en la Gaceta Judicial serie XVII N° 12.

<sup>218</sup> Orlando A. Rodríguez CH. *Casación y Revisión Penal*, Editorial S.A. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 243.

to Penal, no establece de manera clara cuál es la norma que debió aplicarse en sustitución de la señalada como equivocada, se limita a indicar que de las pruebas constantes en el juicio no se deduce que se haya producido el delito de atentado contra el pudor, lo que da lugar a que la proposición jurídica de la recurrente resulte incompleta, tanto más que a este Tribunal de casación le está vedado realizar una nueva valoración de la prueba.<sup>219</sup> **4.4.5.- Violación al principio de lesividad.-** Este principio está relacionado con el bien jurídico antes señalado, pues este principio consiste en la irracionalidad de la acción represiva sin que exista en conflicto o este amenazado algún bien jurídico protegido. Como se ha probado, en el presente caso, el bien jurídico es la integridad sexual de la víctima y el libre desarrollo de su personalidad por las secuelas o consecuencias que este tipo de delito deja en la persona afectada. Este principio se opone a la subjetividad o arbitrariedad que puedan tener los juzgadores en el ejercicio de poder del sistema penal. Las exigencias que conforman el principio de lesividad son: "la exterioridad de la acción típica, condición necesaria para verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. Conforme con este criterio, la conducta descrita en el tipo penal a de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un *peligro abstracto* para el bien jurídico que fundamenta la intervención"<sup>220</sup>. En el presente caso ha queda demostrado la responsabilidad del acusado José Ricardo Vásquez Paredes, es decir existe la certeza necesaria como lo dispone el artículo 304 A del Código de Procedimiento Penal, donde se exige que los jueces lleguen a la seguridad de que se ha cometido el delito. La existencia de la certeza se obtiene de las pruebas de cargo y de descargo, sin perjuicio

de los anticipos de prueba que se hubieren practicado en la instrucción fiscal. La certeza es la firme convicción del juez de estar en posesión de la verdad, si hay certeza positiva se debe dictar sentencia condenatoria, si hay certeza negativa se debe confirmar la inocencia del acusado. La certeza es la íntima convicción, es la seguridad y firmeza en el conocimiento. Este elemento extremadamente necesario no puede ser equivocado en la sentencia condenatoria, aunque recordemos que el juez resuelve según su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica, las reglas de experiencia; y, en base a la prueba pertinente debidamente actuada. En el presente caso como queda expuesta, la prueba fue actuada correctamente adecuándose los hechos a lo tipificado en el artículo innumerado 504.1, contenido en el Capítulo II Del Atentado contra el Pudor, de la Violación y del Estupro del Código Penal. No obstante de lo señalado de los hechos fácticos se identifica que existen elementos agravantes del tipo penal que el Tribunal de apelación no ha considerado, ya que únicamente consideró el numeral 1 y 2 del artículo innumerado 30.1 del Código Penal, esto es si la víctima es una persona menor de dieciocho años de edad; y, que la víctima, al momento de la comisión del delito, se encontrase en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación, entre otros. No obstante este Tribunal de casación identifica que también se incurre en las agravantes señaladas en los numerales 4, 7, 9 y 11 del mencionado artículo innumerado del Código Penal esto es: haberle producido perturbación emocional, trastorno psicológico o mental; tener el infractor algún tipo de relación de poder y/o autoridad sobre la víctima; conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito; si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito. Todas las agravantes señaladas se encuentran identificadas de la sentencia recurrida ratificada por las pruebas practicadas. **4.4.6.- Con**

<sup>219</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 349 "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."

<sup>220</sup> Gloria Patricia Lopera Mesa y Diana Patricia Arias Holguín, Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2010, 154

**respecto a la debida motivación.-** El recurrente alega que hay falta de motivación porque la sentencia está contenida en dos páginas, no obstante esto no necesariamente es señal de que la sentencia no contiene las normas y principios jurídicos necesarios que fundamentan el razonamiento de hecho y de derecho de los jueces y se ajusta a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76.7.I, que señala: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. Por su parte la Corte Constitucional, sobre la motivación se ha pronunciado también en sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010 lo siguiente: “...Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva<sup>221</sup>, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concre-

to”, también en sentencia 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 enero de 2011 señala que: “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”. Resalta también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada. En el caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela dijo lo siguiente: “*El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso*”<sup>222</sup>. Por lo señalado, para que la motivación de un fallo sea completa, requiere que el juzgador se pronuncie sobre todas las pretensiones de los sujetos procesales y los puntos controvertidos en el juicio, debiendo remitirse exclusivamente al tema decidendum y agotarlo en la sentencia, pudiendo realizarlo en el número de páginas que considere necesario. Así, la fundamentación fáctica y jurídica de un fallo, garantiza la imparcialidad<sup>223</sup> de la prestación de justicia. **4.4.7.-** Se concluye que el recurrente en la fundamentación no determina de manera lógica y jurídica los errores de derecho en los que incurre el juzgador en la sentencia. Incluso respecto de la causal de indebida aplicación de la ley no realiza

<sup>221</sup> El Tribunal Constitucional español en la Sentencia de 18 de junio de 1991 (RA 4473) F.J.3º, determina: “el contenido constitucional del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta no solamente en el derecho de acceso a la jurisdicción y en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, sino que también, esencialmente, del derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente”. (Citado por Iñaki Esparza Leibar; “El principio del debido proceso”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 220).

<sup>222</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

<sup>223</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 9 “La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberá resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

fundamentación alguna respecto de qué norma se aplicó indebidamente en el fallo. Únicamente se limita a mencionar las presuntas normas jurídicas soslayadas, consecuentemente no argumenta de manera clara y motivada en qué circunstancias la sentencia objeto del recurso de casación viola el ordenamiento jurídico. La sentencia recurrida que desecha el recurso de apelación propuesto por el procesado José Ricardo Vásquez Paredes, como autor del delito de atentado al pudor, se respalda en los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en los considerandos de la misma. De manera que guarda congruencia en su parte expositiva, considerativa y resolutive, en la que se evidencia la aplicación del silogismo jurídico, esto es premisa mayor constituido por las normas jurídicas; premisa menor que representan los hechos puestos en conocimiento del juzgador y probados en la audiencia de juzgamiento. En el presente caso el Tribunal juzgador tiene la certeza tanto de la existencia de la infracción (elemento objetivo), cuanto de la responsabilidad penal del procesado (elemento subjetivo). En mérito de lo expuesto, **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 dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de

la Sala Especializada de lo Penal, RESUELVE, Declarar improcedente el recurso de casación presentado por el procesado José Ricardo Vásquez Paredes. Casar de oficio la sentencia dictada por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura, al observarse que no fueron consideradas las circunstancias agravantes determinadas en los numerales 4, 7, 9 y 11 del artículo innumerado 30.1 del Código Penal, por lo que, se declara al señor José Ricardo Vásquez Paredes, como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo innumerado 504.1 del Código Penal, a quien se le impone el máximo de la pena, esto es OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Pero en aplicación del principio no reformatio in pejus, no procede empeorar la situación del recurrente, por lo que se mantiene la pena impuesta por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura. Devuélvase el expediente a la autoridad de origen para la ejecución de la sentencia. Notifíquese y cúmplase. Actúe la Doctora Sara Jiménez Murillo, en calidad de Secretaria Relatora Encargada. Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL. Certifico.- Dra. Sara Jiménez Murillo SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.

### 3.2.14. Juicio N° 918-P-2010-LBP

**Asunto:** Violación

**Jueza Ponente:** Dra. Lucy Blacio

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-**

Quito, 26 de noviembre de 2012, 16h00.- **ACLARACIÓN PRELIMINAR.** Este Tribunal ha adoptado, como medida de protección a la intimidad de la niña involucrada en este proceso, suprimir de toda futura publicación, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación<sup>224</sup>. **VISITOS.- I. HECHOS** Constan en la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Carchi, el 15 de octubre de 2010, lo siguiente: "...que María Teresa Quiroz Rosero compareció ante la

Fiscalía del Carchi para denunciar que su hija Gisela de los Ángeles López, la cual tiene retraso mental y que trabaja en el Municipio de Tulcán como auxiliar de servicios, ha sido abusada sexualmente, más o menos a fines de septiembre y octubre de 2009, por Segundo Guido Delgado Freire"<sup>225</sup>. **II. ANTECEDENTES PROCESALES** *El Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi dictó sentencia condenatoria el 2 de septiembre de 2010, a las 14h30: "...de conformidad con el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, declara la culpabilidad de SEGUNDO GUIDO DELGADO FREIRE, de nacionalidad ecuatoriana,*

<sup>224</sup> En aplicación del artículo 78 de la Constitución y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia.

<sup>225</sup> Expediente de la Corte Provincial del Carchi, sentencia de 5 de octubre de 2010, fs. 5.

portador de la cédula de ciudadanía N° 0400916268, de sesenta y tres años de edad, de estado civil casado, de ocupación Policía Municipal, domiciliado en esta ciudad de Tulcán, del delito previsto por el Art. 512 numerales 2° y 3° del Código Sustantivo Penal y sancionado por el Art. 513 del mismo cuerpo legal. No se considerarán atenuantes de acuerdo con lo dispuesto en el Art. Innumerado a continuación del Art. 29 del Código Penal, imponiéndole la pena de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA...". El procesado interpone recurso de apelación, el que es resuelto por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Tulcán, el 15 de octubre de 2010, a las 09h00, en la parte resolutive señala: "aceptándose el recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia venida en grado y se confirma la inocencia de Segundo Guido Delgado Freire, disponiendo su inmediata libertad...". De la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Tulcán, la Fiscal Provincial del Carchi, Dra. Narciza Tapia Guerrón, interpone oportunamente recurso de casación. **III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN. Intervención del casacionista Fiscalía General del Estado**<sup>226</sup> El Fiscal General del Estado, representado por el Dr. Arturo Donoso Castellón, en lo principal manifiesta lo siguiente: **Contravención expresa del texto legal e indebida aplicación subsecuente.**- "En este caso existe una violación a la norma contenida en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en la sentencia habría una contravención expresa del texto legal y una indebida aplicación subsecuente, por declarar el tribunal juzgador la inocencia del procesado del delito de violación, ya que al realizar la valoración probatoria distorsionan los hechos, dejando en la impunidad el acto cometido por el imputado". Señala que la Corte Provincial "aplica el 512 números 2 y 3 que se refieren a los casos en que hay la eliminación de la voluntad de la víctima o la eliminación de su conciencia; dirán que no discute el tema de la edad de la víctima y que por tanto el numeral 1 del 512 no interesa". Informa que la víctima de violación es una mujer discapacitada, quien tiene un coeficiente intelectual de 69 y con una discapacidad de 50% A +, según las pericias "tiene mentalidad máximo de 15 años, de 12 a 15 años, por tanto se aplica el numeral 1

del 512, porque no es solamente que las personas tengan menos de 12 años o menos de 14 años como dice ahora la ley, sino que haya personas que tengan esa edad real y por tanto se cumple el numeral primero también", señala que como característica principal en este tipo de incapacidad su voluntad es manipulable por cuanto creen todo lo que se les dice, no tienen malicia. Finalmente, solicita que el caso no quede en la impunidad, por cuanto el procesado debería ser declarado culpable del delito establecido en el artículo 512 del Código Penal, por violación agravada, por la condición física de la víctima, por lo que solicita al Tribunal de Casación casar la sentencia y subsanar este error de derecho por la valoración probatoria realizada por el Tribunal inferior. **3.2 Intervención de la acusadora particular**<sup>227</sup> En representación de la acusadora particular María Teresa Quiroz Rosero interviene el Dr. Tito Villamaría Zapata, quien señala: "En sí, prácticamente me adhiero a la intervención propuesta por el señor representante de la Fiscalía, toda vez que la sentencia emitida por la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, ha inobservado total e íntegramente, las pruebas contundentes y fehacientes que existen en la valoración del juicio, y que fue objeto y base para dictar sentencia por parte del Tribunal Penal. Dentro de la sentencia se observa claramente tanto la demostración del cometimiento del delito, de la existencia del delito, como de la responsabilidad del acusado, Segundo Guido Delgado Freire, en contra de una persona con discapacidad mental leve, que según los mismos informes psicológicos, es una persona con retardo mental leve, de una edad cronológica de 33 años y una edad mental de 12, y, conforme el certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades, es una persona con discapacidad intelectual del 50%. Cómo puede ser posible que la Sala de la Corte Provincial del Carchi haya inobservado las fehacientes pruebas y haya declarado la inocencia de este sujeto que abusó y violó sexualmente a Gisela de los Ángeles López Quiroz. Por lo expuesto, al momento de resolver se permitirán casar la sentencia emitida por la Corte Provincial y, se permitirá ratificar la sentencia dictada por el Tribunal Penal". **3.3.- Respuesta a la fundamentación del recurso por parte del procesado Segundo Guido Delgado Freire** En

<sup>226</sup> Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación

<sup>227</sup> Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación

representación del procesado interviene el Dr. Eddy Benavides Pérez, Defensor Público, quien dice: **3.3.1)** "...en primer punto tenemos que partir de algo cierto, inclusive que está dentro de nuestra Constitución que nos garantiza la presunción de inocencia de acuerdo al Art. 76 numeral 12 hasta que una sentencia declare lo contrario y esta sea ejecutoriada por la ley. Existe obviamente una sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi, en la cual declara la culpabilidad de mi defendido, esta sentencia se apela y el superior, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Carchi, no declara la inocencia de mi defendido, sino ratifica este estado de inocencia que lo tenemos consagrado en la Constitución..."; **3.3.2)** "Con respecto a la fundamentación del recurso de Fiscalía, ha hecho una exposición amplia sobre muchos aspectos, pero no ha fundamentado conforme a derecho, conforme al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, dónde fue la contravención a la norma, dónde existió la violación a la norma, la falsa interpretación o la errónea aplicación de esta; se ha referido muchas veces, inclusive, sobre la discapacidad, en efecto eso no podemos esconderlo, existe la discapacidad, pero bien sabemos que para que se pueda configurar un delito, tienen que existir dos elementos principales, la materialidad y la responsabilidad; aquí no puedo decirles que realmente se justificó o se comprobó conforme a derecho la materialidad de la infracción, inclusive en la materialidad de la infracción existe una duda razonable la cual está bien aplicada por el Tribunal de alzada que juzgó o ratificó el estado de inocencia de mi defendido, de acuerdo al Art. 304 A del Código Adjetivo Penal ecuatoriano; de la misma manera no se llegó a comprobar la responsabilidad de mi defendido."; **3.3.3)** "Fiscalía indica que existe carencia de motivación dentro de esta sentencia, el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, nos indica que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda; esta sentencia está muy bien motivada, nos habla inclusive y me pareció eso importante, que dentro de los elementos probatorios incluidos en la audiencia de juicio, se da un testimonio de la parte ofendida que obviamente es muy valedero; sin embargo, muy adecuada-

mente cita el Art. 140 en la sentencia, indicando que, la declaración del ofendido por sí sola no constituye prueba; de hecho esto también lo fundamenta, lo motiva, muy claramente y en una forma amplia el Tribunal de alzada, pues nos explica por qué no la consideran como prueba, por qué considera este Tribunal, que debe haber otros elementos probatorios dentro de la audiencia de juicio para poderla tomar como un elemento en contra de mi defendido"<sup>228</sup>. **IV.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 4.1.- Competencia del Tribunal.-** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 349 del Código de Procedimiento Penal. **4.2.- Validez Procesal.-** El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado. **4.3.- Naturaleza jurídica del recurso de casación.-** La casación es una institución procesal, recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis in iure de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una incorrecta aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se constituye en un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. Forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley hecha por los

<sup>228</sup> Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación

tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas formal y materialmente conformes a sus disposiciones. La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 8.2, literal h de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: “...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley”. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce este derecho en el artículo 76.7.m. Luis Cueva Carrión señala que: “...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes...”<sup>229</sup>. El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley<sup>230</sup>, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, excepto cuando este comete errores de derecho en la valoración de la prueba. En este caso es procedente que se examine la forma en que se valoraron las pruebas, con el fin de analizar el juicio de derecho que respaldó la sentencia. Mediante esta sentencia se materializa la tu-

tela judicial efectiva y la motivación como derecho del debido proceso. **4.4.- Análisis de la argumentación del recurso de casación. 4.4.1. Bien jurídico protegido.**- En el presente caso, por tratarse de un delito sexual, cuya víctima es una persona con discapacidad<sup>231</sup>, de 33 años de edad, a la fecha que ocurrieron los hechos, siguiendo los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, con el fin de asegurar su acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con los demás<sup>232</sup>, en aplicación de los principios de no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, y, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad, este Tribunal de Casación considera como edad de la víctima, su edad mental, esto es, 12 años<sup>233</sup> (a la fecha que ocurrieron los hechos). Por consiguiente, siendo su condición la de una niña con discapacidad<sup>234</sup>, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo integral<sup>235</sup> de su personalidad y su integridad sexual. En la Constitución de la República consta como una obligación del Estado, la sociedad y la familia, el promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Se define el desarrollo integral de una niña, niño y adolescente, al proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social

<sup>229</sup> Luis Cueva Carrión, *la Casación en Materia Penal*, Ediciones Cueva Carrión. Segunda Edición, Quito, 2007, Pág. 146.

<sup>230</sup> Código de Procedimiento Penal, Artículo 349 “...No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”.

<sup>231</sup> Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, Artículo 1...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

<sup>232</sup> *Ibidem*, Artículo 13.1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares...”.

<sup>233</sup> Modificación proporcionada y debida, que constituye un ajuste razonable para garantizar que la víctima no sea objeto de discriminación en el sistema de justicia, por su condición de discapacidad; y, pueda gozar de la protección judicial en igualdad de condiciones con las demás personas, debiéndose considerar su condición de niña con discapacidad en todos los procedimientos judiciales, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>234</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Artículo 7. Niños y niñas con discapacidad.1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madures, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

<sup>235</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 27.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

y comunitario de afectividad y seguridad<sup>236</sup>. Responsabilidad que obliga a que el Estado actúe de conformidad a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, otorgarle protección "...contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo..."<sup>237</sup>; velar porque "...Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes..."<sup>238</sup>; y proteger que "...al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales..."<sup>239</sup>. En la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad se garantiza la protección contra la explotación, la violencia y el abuso<sup>240</sup>, determinando que los Estados adoptarán las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para asegurar su protección, así como las apropiadas para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso. Los niños, niñas y adolescentes tienen todos los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad<sup>241</sup>. El ejercicio de sus derechos lo ejercen de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo emocional, físico y mental, por lo tanto, esto debe ser valorado al momento de analizar los tipos penales de violencia y abuso sexual en contra de niñas, niños y adolescentes, puesto que las acciones de carácter sexual en la persona de un niño, niña o adolescente afectan su derecho a una vida digna libre de vio-

lencia. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violencia sexual debe entenderse como las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico<sup>242</sup>. La dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende el alcance de un acto sexual, afecta la evolución y desarrollo integral de su personalidad. Un niño, niña y adolescente es indemne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual<sup>243</sup>. En relación al delito por el que fue procesado Segundo Guido Delgado Freire, esto es violación<sup>244</sup>, este se configura cuando el sujeto activo por medio de violencia e intimidación accede carnalmente al sujeto pasivo, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal. Presentándose también con la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo. En el caso concreto, el acceso carnal se produce por vía vaginal, en una niña con discapacidad<sup>245</sup>, quien a la fecha de ocurrido el hecho de violencia contaba con 12 años de edad, presentándose el primer caso contemplado en el artículo 512 del Código Penal, que establece "1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años", constituyendo una cualificación que reside en el aprovechamiento de la condición de doble vulnerabilidad de la víctima, "debido a su género y a su discapacidad"<sup>246</sup>, lo que la hace más proclive a ser víctima de la violencia y/o tener mayores

<sup>236</sup> Constitución de la República del Ecuador, Artículo 44.

<sup>237</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 19.

<sup>238</sup> *Ibidem*, Artículo 37.

<sup>239</sup> *Ibidem*, Artículo 34.

<sup>240</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Artículo 16.

<sup>241</sup> Constitución artículo 45 Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

<sup>242</sup> Informe Temático de la CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011. Párrafo 5.

<sup>243</sup> Al respecto Francisco Muñoz Conde, al analizar el bien jurídico protegido de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales, señala que en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la "intangibilidad" o "indemnidad" que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces. Derecho Penal, Parte Especial. 17ª ed. Tirant lo Blanch. 2009, Pág. 191 a 197.

<sup>244</sup> Código Penal, Artículo 512.

<sup>245</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo I, "1. Discapacidad. El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".

<sup>246</sup> Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 20º período de sesiones, que analiza la vulnerabilidad de las personas

dificultades para salir del ciclo de violencia<sup>247</sup>. El impacto de la conducta abusiva se agrava además por el contexto en el cual ocurren los hechos, esto es, en el espacio laboral, en el Gobierno Municipal de Tulcán, institución pública en la cual la víctima prestaba sus servicios como auxiliar de servicios, mientras que el procesado era guardia municipal. Al respecto es pertinente citar el informe temático *“Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud”*, que cuando se refiere a las Mujeres discapacitadas, indica: *“62. Como lo reconoce el preámbulo y el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, “las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación” y “están sujetas a múltiples formas de discriminación”...Para el Comité de Derechos del Niño: Los niños [y niñas] con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general. Con frecuencia se repite el dato de que los niños con discapacidad tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos. En el hogar y en las instituciones, los niños con discapacidad a menudo son objeto de violencia física y mental y abusos sexuales, y son especialmente vulnerables al descuido y al trato negligente, ya que con frecuencia representan una carga adicional física y financiera para la familia”*<sup>248</sup>. La situación de abuso en contra de la víctima<sup>249</sup>, al darse en un espacio en el cual se estaba concretando su inclusión laboral como una garantía para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, no solo interfiere en su proceso de desarrollo físico, psicológico, moral y sexual sanos, sino que genera la interrupción de un proyecto de vida en condiciones de igualdad de oportunidades, que fo-

menten sus capacidades y potencialidades. **4.4.2. Interés superior de niños, niñas y adolescentes.**- En la Opinión Consultiva OC-17/2002<sup>250</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Al respecto, la Corte Constitucional para el periodo de transición analiza el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, indicando en lo principal lo siguiente: *“...interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. [...]En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el artículo 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas, sino como especiales de protección”*<sup>251</sup>. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y

con discapacidad, conforme a la Recomendación general 18, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Décimo período de sesiones, 1991, U.N. Doc.

<sup>247</sup> Ibídem

<sup>248</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9, *Los derechos de los niños con discapacidad*, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2009, párr. 42 y 77; citado en *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud*, CIDH, 2011, pág. 24-25

<sup>249</sup> Niña con discapacidad

<sup>250</sup> 28 de Agosto de 2002.

<sup>251</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N° 010-12-SEP-CC, caso N° 1277-10-EP, de 15 de febrero de 2012

faciliten la participación activa del niño en la comunidad<sup>252</sup>. En la Observación General N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicitó a los Estados adoptar medidas suplementarias, cuando fuere necesario, para garantizar que las niñas con discapacidad estuvieran bien protegidas, tuvieran acceso a todos los servicios y estuvieran plenamente incluidas en la sociedad. Disposiciones que se convierten en un conjunto de obligaciones de los Estados que incluyen la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales u otras medidas para prohibir y prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, investigar y sancionar los actos de violencia, y garantizar vías de recurso y reparación a las víctimas<sup>253</sup>. La víctima de este proceso es una niña con discapacidad, por lo que las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio de interés superior del niño, dispuesto por el artículo 44<sup>254</sup> de la Constitución, y los derechos que le corresponden por su pertenencia a un grupo de atención prioritaria<sup>255</sup>. Los procesos penales en los que son víctimas niños, niñas o adolescentes tienen un interés especial para las y los juzgadores, se deja de centrar su objetivo único de castigar al procesado y se mira las garantías de protección especial de la víctima. Esto no implica que se vulnerará el derecho a la defensa del procesado, ya que este tiene el derecho de una activa participación en todos los procedimientos de la causa. **4.4.3.- *Contra-vencción expresa del artículo 512 del Código Penal e indebida aplicación subsecuente***, existe in-

debida aplicación, cuando el juzgador, al resolver, aplica una norma que no se adecua al caso concreto, es decir, los hechos probados no se subsumen a la norma aplicada, lo que da lugar a que se inobserve la norma que verdaderamente correspondía; en definitiva, la norma seleccionada por el juez no regula los hechos fácticos. Existe interpretación errónea cuando el juzgador al elegir la norma que se aplica al caso concreto, selecciona la pertinente, sin embargo, al momento de aplicarla le da un alcance mayor o menor del que realmente posee. En el presente caso, la disposición perfectamente aplicable es la señalada en el artículo 512 del Código Penal; sin embargo, al momento de interpretarla la Corte Provincial de Justicia del Carchi le asignó un sentido distinto, produciendo como consecuencia la aceptación del recurso de apelación interpuesto por el procesado y revocando la sentencia venida en grado, por ende confirman la inocencia de Segundo Guido Delgado Freire, disponiendo su libertad, situación que obedece a que el tribunal juzgador apreció de forma arbitraria las pruebas actuadas y practicadas en la etapa de juicio, vulnerando la garantía de motivación, que exige que cuando un juez o una jueza motiva sus resoluciones debe hacerlo con coherencia expresando la ratio decidendi<sup>256</sup>. Siendo la motivación de las resoluciones judiciales una garantía del derecho al debido proceso<sup>257</sup>, este Tribunal de casación está facultado para corregir los errores de derecho en los que haya incurrido el juzgador, por lo que en el caso concreto le corresponde realizar un control de la interpretación que adoptó el Tribunal juzgador en la valoración del material probatorio,

<sup>252</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 23.

<sup>253</sup> Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad. Consejo de Derechos Humanos. 2012.

<sup>254</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 44.- 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.

<sup>255</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

<sup>256</sup> Razón para decidir

<sup>257</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...

estableciendo la correspondiente rectificación, sin que ella implique una revalorización de la prueba, lo cual esta proscrito en sede de casación. Del control de la sentencia recurrida se observa que la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi procede a desestimar pruebas relevantes para establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado<sup>258</sup>, en el acápite NOVENO señala: "...Ante el Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi el señor Fiscal ha presentado pruebas y diligencias no relacionadas con el hecho de la violación. Si el hecho punible es la violación a Gisela de los Ángeles López, el cuerpo del delito está constituido por todos los elementos "materiales" que lo acrediten. En todo delito debe conocerse y establecerse el pasado, el presente y el futuro. Es decir las circunstancias anteriores, las concomitantes y las posteriores al hecho. Ella trabaja en el Municipio, el acusado también. Se dice que ella estuvo realizando sus labores como auxiliar de servicios y que Guido Delgado abuso de ella en la cama que hay en la guardianía. El acusado lo niega. No encontramos pruebas de los actos anteriores. Los actos concomitantes o simultáneos al hecho de la violación como son la intimidación o la amenaza que alega la ofendida, tampoco se han justificado, tanto más cuando que no hubo violencia física y siendo indicios o vestigios materiales los que configuran la violación, eran de recopilarse de inmediato porque con el transcurso del tiempo desaparecen. Los actos posteriores al hecho practicados a los cinco meses, resultan ser incompatibles con el mismo sino se han demostrado tal hecho. [...] La Fiscalía en la audiencia del juicio aparte del testimonio de la ofendida **que por si solo no constituye prueba**, ninguna otra aporta para demostrar que el hecho físico de la violación se produjo. Al respecto, la mayoría de las pruebas que el señor Fiscal aporta y que son analizadas por el Tribunal Penal, parten de la premisa de que se produjo la violación sin haberla justificado. Son diligencias posteriores al hecho, no concomitantes con él. Al respecto tenemos: a) la declaración de la madre de la ofendida señora María Teresa Quiroz, [...] b) el testimonio del doctor Wilson Montenegro, quien como perito acreditado por la Fiscalía y designado y posesionado dice que la ofendida es mayor de 33

años, que el examen ginecológico se establece que no es virgen, que tiene cabezas de espermatozoides al tiempo del examen, es decir que mantuvo relación sexual reciente y que se encuentra embarazada. Solo eso es pertinente al hecho. No establece que haya huellas de violencia y no las puede haber, en caso de habérselas producido, si el examen es a los cinco meses. Lo que le ha contado la ofendida de que ha sido violada por 4 personas, etc., etc., es irrelevante pues lo que ha llegado a conocer es por referencia y aun mas, no puede ser a la vez perito y testigo referencial. [...] c) el testimonio del doctor Luis Nazate, perito acreditado a la Fiscalía, también designado y posesionado, quien comparece para decir que realizó el examen sicosomático de la ofendida notado a simple vis[t]a que tenía un déficit mental, con un **coeficiente intelectual de 69 CI equivalente a 12 años de edad**, que es afectuosa por su condición y que es manipulable, pero que puede trabajar, socializar. Tiene conciencia donde esta, que no tiene una enfermedad mental sino orgánica, que puede discernir lo que es bueno y lo que es malo; que su vida sexual es normal y que puede hacer uso de sus funciones físicas. Su testimonio adicional es irrelevante para demostrar el hecho de la violación. No existe relación entre el hecho físico que se pesquisa y la aseveración de que Gisela de los Ángeles López tiene una discapacidad leve...". En otro acápite de la sentencia, consignado igualmente como NOVENO señala "La agraviada de las múltiples pruebas que se han incorporado es una persona físicamente sana, sin defectos físicos. Su problema es psicológico, subjetivo, al tener una discapacidad leve. Esa circunstancia no le ha impedido practicar deporte donde se ha distinguido; dedicarse a realizar manualidades en el Instituto de Educación Especial; progresar para tener una capacidad que exige la ley para desempeñar un cargo público. Su declaración anticipada, la declaración de su madre nos llevan al convencimiento y está corroborado por los peritos, especialmente por el ampliatorio del doctor Luis Nazate, de que tiene capacidad y discernimiento, es decir, puede razonar y pensar. La discapacidad no le impide aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia. La Sala estima que siendo innato en el ser humano el instinto

<sup>258</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 85.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

sexual, ninguna objeción puede haber para que Gisela de los Ángeles López satisfaga sus necesidades de carácter sexual. Pensar en lo contrario sería impedir vivir. La ley no ha considerado que una relación sexual con una persona con discapacidad mental leve, constituya delito...". Previo a realizar un análisis de la interpretación del material probatorio realizado por la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, es necesario realizar las siguientes consideraciones: **a.-** En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales<sup>259</sup>; **b.-** La prueba testifical es fundamental en el proceso penal. Los testigos pueden tener conocimiento directo de los hechos por haberlos presenciado directamente, o haber percibido por cualquier sentido, o por ser testigos de hechos que pueden ser relevantes para la investigación directamente relacionada con el hecho objeto de juzgamiento. Distinguiendo entre testigos directos y testigos de referencia; **c.-** Constitucionalmente se establece "Que nadie puede ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente"<sup>260</sup>; **d.-** En los delitos de violencia sexual, la declaración de la víctima es considerada prueba testimonial, y en su calidad de ofendida<sup>261</sup>, es su derecho como sujeto procesal participar en igualdad de oportunidades<sup>262</sup> al rendir su testimonio en el juicio, al igual que los demás testigos; y a que durante el proceso penal se garantice su "...protección especial, su no revictimización, particularmente

en la obtención y valoración de las pruebas..."<sup>263</sup>. La garantía de no revictimización significa que es su facultad prestar o no prestar declaración en un juicio, y que de hacerlo, su testimonio no puede ser desvalorizado y expuesto a la humillación de considerarla como participante del delito, en base a prejuicios y estereotipos<sup>264</sup>; **e.-** Por las circunstancias en las cuales se presentan los delitos de violencia y abuso sexual, cobra especial importancia la prueba indiciaria, especialmente el testimonio de los testigos que prestaron auxilio a la víctima, que le brindaron asistencia médica, psicológica y social, que le proporcionaron protección y acompañamiento para denunciar el hecho, que si bien es cierto no presenciaron el hecho, al tener un inmediato contacto con la víctima, se constituyen en testigos directos por la percepción de los hechos a través de sus sentidos; **f.-** En los delitos de violencia y abuso sexual es un estándar de valoración de la prueba la obligación de las y los juzgadores de valorar todas las pruebas que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos<sup>265</sup>, sin que sea una exigencia la prueba de la existencia de resistencia física, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta<sup>266</sup>. En la sentencia recurrida se observa que el tribunal juzgador incurre en los siguientes errores: **a.** Se desestima el testimonio de la víctima al cual no se le otorga ningún valor, indicando "que por sí sola no constituye prueba", exigiendo pruebas materiales que acrediten actos anteriores, simultáneos y posteriores a los hechos. El tribunal no ponderó el testimonio de la víctima, pese a que este fue un testimonio anticipado, en el cual se vulneraron sus garantías como víctima de un delito de violencia sexual, en el que ella fue revictimizada al obligársele a contestar preguntas capciosas e impertinentes por parte de

<sup>259</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 89

<sup>260</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 77.8

<sup>261</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 68. Se considera ofendido: 1. Al directamente afectado por el delito y a falta de éste a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

<sup>262</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo (...) Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

<sup>263</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 78.

<sup>264</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA, 1997. "...La Comisión recomienda: ...Que el Estado tome medidas adicionales encaminadas a modificar los modelos de conducta social y cultural de hombres y mujeres, tales como el diseño y ejecución de programas de educación, a fin de contrarrestar los prejuicios y prácticas basados en la imagen de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en las funciones estereotipadas de hombres y mujeres...".

<sup>265</sup> Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 349.

<sup>266</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 115.

la defensa del procesado, cuando ella ya en la primera parte de su testimonio contestó las preguntas formuladas por Fiscalía, relatando que Guido Delgado, quien se desempeñaba como guardia municipal, abusó sexualmente de ella, la violó varias veces entre los meses de septiembre y octubre del 2009, que estos hechos ocurrieron en la guardianía que queda en la planta baja del municipio, que la amenazó que si contaba, los sacaban tanto a él como a ella del trabajo; transgrediendo la garantía de no revictimización se permitió se le repregunte "...10.- Relátenos como procedió a desnudarla, le rompió las ropas.- Contesta: No me rompía la ropa sino que iba con calentador y me hizo sexualmente...12.- Porque las cinco veces siguientes que fue abusada sexualmente usted nuevamente fue a la guardianía, o permitió que le fueren a entrar al lugar si ya sabía del propósito del señor Delgado. Contesta: No, ya no había nadie de gente y estaba amenazada de no avisar...". Sin embargo, de la contundencia del relato de la víctima, el juzgador reclama que no se han justificado hechos anteriores, simultáneos y posteriores, contradiciéndose cuando para concluir señala "...Su declaración anticipada, la declaración de su madre nos llevan al convencimiento y está corroborado por los peritos, especialmente por el ampliatorio del doctor Luis Nazate, de que tiene capacidad y discernimiento, es decir puede razonar y pensar. La discapacidad no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia...", exige prueba de resistencia, la cual esta proscrita en delitos de violencia sexual en víctimas de cualquier edad. Entre los yerros en los que incurre este Tribunal, al realizar la valoración del testimonio de la víctima tenemos: la violación de las garantías constitucionales de no revictimización de las víctimas de violencia sexual<sup>267</sup>; de protección especial de niñas, niños y adolescentes contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole<sup>268</sup>; de protección especial de personas con discapacidad víctimas de cualquier forma de abuso, trato

inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad<sup>269</sup>. Además, incurre en falso juicio de identidad del testimonio de la víctima, le da un sentido discordante con la realidad fáctica, en el caso concreto el testimonio de la víctima es descontextualizado, se tergiversa su contenido, las tres condiciones de vulnerabilidad de la víctima, ser niña, mujer, presentar una discapacidad, que conforme al mandato constitucional "recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado", en el caso en concreto son utilizadas para atentar contra sus derechos, para justificar el abuso y la violencia. Es inaudito que un tribunal de justicia, que tiene como obligación brindar un servicio público "justicia" de tanta trascendencia en la vida de las personas, llegue a concluir "...la discapacidad no le impide, aunque tuviera una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia. La Sala estima que siendo innato en el ser humano el instinto sexual, ninguna objeción puede haber para que... satisfaga sus necesidades de carácter sexual. Pensar en lo contrario sería impedirle vivir. La ley no ha considerado que una relación sexual con una persona con discapacidad mental leve, constituya delito...". **b.** El tribunal no realiza un estudio integral de la prueba, no valora los testimonios de los peritos médico y psicólogo, los desestima indicando que no pueden ser peritos y testigos de referencia, los cuestiona por la información que proporcionan en la audiencia "lo que le ha contado la ofendida de que ha sido violada por 4 personas, etc, etc, es irrelevante pues lo que ha llegado a conocer es por referencia y aún más, no puede ser a la vez perito y testigo referencial"<sup>270</sup>; "comparece para decir que realizó el examen sicosomático de la ofendida, notando a simple vista que tenía un déficit mental, con un coeficiente intelectual de 69 CI equivalente a 12 años de edad... Su testimonio adicional también es irrelevante para demostrar el hecho de la violación. No existe relación entre el hecho físico que se pesquisa y la aseveración de que...tiene una discapacidad leve"<sup>271</sup>. Lo

<sup>267</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 78.

<sup>268</sup> *Ibidem*, artículo 46.4

<sup>269</sup> *Ibidem*, artículo 48.7

<sup>270</sup> Testimonio del perito médico Wilson Montenegro, quien llega a establecer que al momento del examen la víctima se encontraba embarazada, que el embarazo es consecuencia de otra violación de la que fue víctima. Que son cuatro las personas que han abusado sexualmente de ella, que estas son sus compañeros de trabajo.

<sup>271</sup> Testimonio del perito psicólogo Luis Nazate, quien llega a establecer la condición de discapacidad de la víctima y su edad mental de 12 años.

mismo hace con el testimonio de la madre de ofendida “la declaración de la madre de la ofendida...la cual dice que se enteró cuando se estableció que su hija estaba embarazada. Esta declaración no es prueba del hecho”. El tribunal, al omitir realizar la valoración integral del material probatorio, infringió el sistema de valoración probatoria de la sana crítica<sup>272</sup>, al haber desestimado pruebas relevantes con sustento técnico y científico, como son los peritajes médico legal y psicológico, y, fundamentalmente el testimonio de la víctima, cuyo análisis fue realizado en el literal anterior. El Tribunal omite valorar los testimonios de los peritos y de la madre de la ofendida como prueba indiciaria, toda vez que si bien es cierto los peritos y la madre de la ofendida no presenciaron los hechos, sin embargo, al tener contacto con la víctima en la práctica de las pericias, percibieron los hechos a través de sus sentidos, constituyéndose en testigos directos. Los yerros antes indicados se materializaron en la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, que absuelve al procesado señor Segundo Guido Delgado Freire, fallo que atenta contra los estándares nacionales e internacionales de justicia para las víctimas de violencia sexual, casos en los que no se pueden esperar pruebas gráficas o documentales y en los que el testimonio de la víctima es relevante y constituye una prueba fundamental en el proceso<sup>273</sup>, la que tiene que ser apreciada en el conjunto de pruebas, para determinar no solo el hecho de violencia, sino sus consecuencias, lo que asegura la sanción al responsable y la reparación a la víctima. Por lo expuesto, **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 dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, **RESUELVE:** Declarar procedente el recurso de casación presentado por la Fiscalía General de Estado<sup>274</sup>, enmendando los yerros cometidos por

la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, se declara al procesado ciudadano Segundo Guido Delgado Freire, autor responsable del delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, imponiéndole la pena de VEINTE Y CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, al considerarse las agravantes de la pena establecidas en el artículo 30 Código Penal<sup>275</sup> en los numerales: 2, esto es, “Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados...”, en este caso en el Municipio de Tulcán; 3, esto es, “Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad...”, pues la víctima es una niña con discapacidad; y, 9, esto es, “Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito”, el agresor se desempeñaba como guardia en el Municipio de Tulcán, institución para la cual la víctima trabaja como auxiliar de servicios. La pena privativa de libertad deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación Social de Tulcán; así también se le suspenden sus derechos políticos por igual tiempo a la sentencia. La víctima tiene derecho a su reparación integral. Por cuanto los juzgadores de apelación han vulnerado el debido proceso en contra de la ofendida, así como sus garantías y derechos por su condición de vulnerabilidad, al dictar sentencia, por lo tanto ofíciase al Consejo de la Judicatura para que éste proceda como lo dispone la Ley en estos casos. Gírese la respectiva boleta de captura del ciudadano Segundo Guido Delgado Freire. 2. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el proceso a la autoridad de origen para los fines de ley. Notifíquese y cúmplase. Actúe la Dra. Sara Jiménez Murillo, como Secretaria Relatora Encargada, de acuerdo a la acción de personal N° 2609-DNP-MY de 10 de julio de 2012.- Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte. Certificado.- Dra. Sara Jiménez Murillo, SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

<sup>272</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 86 “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.”

<sup>273</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 31 de agosto de 2010, párrafos 89 y 52.

<sup>274</sup> Representada por la Dra. Narcisca Tapia Guerrón, Fiscal Provincial del Carchi, quien impugnó sentencia interponiendo recurso de casación y, por el Dr. Arturo Donoso Castellón, Delegado del Fiscal General del Estado, que sustentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

<sup>275</sup> Ley Reformativa al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad”, publicada en el Registro Oficial 45 de 23 de junio del 2005

### 3.3. SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

#### 3.3.1. Juicio Nº 187-2009 (Ex 2da. Sala)

**Asunto:** Liquidación de haberes.

**Ponente:** Dra. Paulina Aguirre Suárez

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-SALA DE LO LABORAL.-**

Quito, **VISTOS.-** 17 de julio de 2012. Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de haber sido designados y posesionados el 26 de enero de 2012; de la distribución y organización de las Salas prevista en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial realizada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en esta Sala.- **PRIMERO.- ANTECEDENTES:** En el juicio de trabajo seguido por Cesar Augusto Hidalgo Gines en contra de la empresa PETROINDUSTRIAL, la parte demandada y el Dr. Kléber Avalos Silva, Abogado Regional 1, delegado de la Procuraduría General del Estado, interponen recurso de casación de forma separada de la sentencia de mayoría dictada por la Única Sala de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas. **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** El Tribunal es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones contenidas en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 183 inciso quinto; 184 y 191 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo; y de la razón que obra de autos.- **TERCERO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** Las partes accionadas en sus escritos indican que la Sala de Alzada ha infringido las siguientes normas: Arts. 24 numeral 13; 35 numeral 9 inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador; Arts. 58 y 593 del Código del Trabajo; Artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; Art. 19 de la Ley de Casa-

ción; cláusula 25 del Sexto Contrato Colectivo suscrito entre la Empresa PETROINDUSTRIAL y el Comité de Empresa de los trabajadores, y la resolución con carácter obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de febrero de 1999, publicada en el Registro oficial número 138, de 1 de marzo de 1999. Fundamentan sus recursos en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. De los recursos presentados por los casacionistas se desprende que en los dos recursos se manifiestan que existe una falta de aplicación de los arts. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador, por cuanto la misma no es motivada, al no enunciar ni aplicar ningún principio jurídico, así como tampoco manifiestan en que normas de derecho se apoyaron para dictar dicha sentencia, dejando así en indefensión a los demandados; 35 numeral 9 inciso cuarto de la Constitución Política de la República, por no tomarse en cuenta el lapso que el actor se desempeñó en el cargo de Vicepresidente y Representante Legal de PETROINDUSTRIAL, por lo tanto ejerció el cargo de Dirección y confianza y al ser así el mismo no estaba sujeto al Código del Trabajo durante ese lapso, sino al derecho Administrativo; del Art. 58 del Código del Trabajo, por cuanto en la remuneración que dice ha percibido el actor se encuentran incluidas las horas suplementarias, circunstancias que no debían ser incluidas en dicha remuneración, debido a que las funciones que realizaba el actor fueron de confianza y dirección; falta de aplicación de la cláusula 25 del Sexto Contrato Colectivo, suscrito entre el actor y PETROINDUSTRIAL, con relación al cálculo de remuneración del actor. Además manifiesta una

falta de aplicación de las normas y preceptos jurisprudenciales aplicables a la valoración de la prueba en los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, en lo relacionado con la Confesión Judicial rendida por el actor dentro del proceso, violando así de forma indirecta lo establecido en el artículo 593 del Código del Trabajo. Finalmente expresa que los señores ministros no han dado cumplimiento a la resolución con carácter de obligatorio de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de febrero de 1999, publicada en el Registro Oficial número 138, de 1 de marzo de 1999 en donde disponen. ...*“Que los Jueces y tribunales de instancia en materia laboral, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones obligaciones no satisfechas, estarán obligados a determinar en sus fallos, la cantidad que se debe pagar...”*, por lo que al no dar cumplimiento a dicha resolución se está violado el artículo 19 de la Ley de Casación. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 194 de la Constitución de la República a la fecha de interposición del recurso, actual Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mediante auto de 04 de diciembre del 2009, las 10h55, la Ex Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional Justicia, califica y admite a trámite los recursos de casación.- **CUARTO.- MOTIVACION.-** Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, esta Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios “in procedendo”, que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quin-

ta, que en la especie no se invocan; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores “in iudicando”, que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.- **1.-** Los casacionistas fundamentan los recursos en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Si bien corresponde analizar primeramente la causal tercera, al haber invocado el recurrente dentro de la causal primera **falta de aplicación** del Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador; porque según afirma la sentencia carece de motivación al no enunciar ni aplicar ningún principio jurídico, al no manifestar en qué normas de derecho se apoyaron para dictar la sentencia o qué clase de pruebas han valorado; este Tribunal procede a realizar en primer lugar el siguiente análisis: El vicio que la causal primera imputa al fallo es la violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgado. **1.1.-** El Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado, vigente hasta el 19 de octubre del 2008, determina que: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución o se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...”. La motivación es un

requisito esencial para la validez de las resoluciones de los poderes públicos, pues en ella se exige que las decisiones de las personas que ejercen jurisdicción y competencia, ya sea en el ámbito judicial como administrativo, sustenten sus decisiones en la ley y en la pertinencia de su aplicación a los hechos preestablecidos; este requisito se lo ha establecido para evitar abuso o arbitrariedades de las autoridades y jueces, pues uno de sus elementos fundamentales es el control de la arbitrariedad y exigir del juzgador que sus decisiones se sustenten en la Constitución, en la ley o en los principios universales del derecho. La sentencia de mayoría de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas carece de motivación, se limita a expresar en el Considerando Quinto de la Sentencia que: "...las consideraciones que hace la Jueza-aquo, en el considerando quinto para determinar los rubros y monto a pagarse al actor por las indemnizaciones, de acuerdo a la disposiciones del contrato colectivo, y las normas del Código laboral aplicables al actor...". La sentencia subió en grado, no solamente por el recurso de apelación interpuesto por el Delegado del Procurador General del Estado; sino además porque de conformidad con la disposición del Art. 610 del Código de Trabajo, la Jueza de primera instancia la elevó en consulta; de modo que, era obligación del Tribunal de Segunda instancia motivar la sentencia, fundamentarla y analizar cada una de las pretensiones del accionante; hechos que no se observan en la mencionada sentencia. De lo expresado este Tribunal concluye que en el fallo impugnado existe falta de aplicación del Art. 24 numeral 13 de la Constitución de la República de 1998; por lo que, casa la sentencia de conformidad con la disposición del Art. 16 de la Ley de Casación y resuelve: **QUINTO.-** César Augusto Hidalgo Gines, comparece a fs. 1 y manifiesta que, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, con fecha 1 de octubre de 1975, posteriormente denominada PETROINDUSTRIAL. Que, el 27 de agosto del 2007 presentó ante el Inspector Provincial de Trabajo de Esmeraldas su petición de desahucio para dar por terminadas las relaciones laborales que por espacio de 32 años mantuvo con PETROINDUSTRIAL. Que, laboró en el horario y con la remuneración que señala. Que, luego de ser notificada la empresa con su petición de desahucio le ha cancela-

do los valores que le correspondían conforme el Art. 185 del Código del Trabajo, negándose reiteradamente ha cancelarle los valores que contemplan las Cláusulas 13 y 14 del Sexto Contrato Colectivo por el que se encuentra amparado. Que con los antecedentes expuestos, demanda en juicio de trabajo, cuyo procedimiento es oral el pago de los rubros que determina. Citado el demandado y el Procurador General del Estado se realiza la Audiencia preliminar a la que comparece a contestar la demanda en los términos que constan en los escritos que forman parte de la misma. Concluida la Audiencia Definitiva, la Jueza de origen dicta la sentencia recurrida y elevada en consulta.- **SEXTO.-** La existencia de la relación laboral entre las partes, no es materia de controversia, corroborándose con las pruebas actuadas; excepto el período 28 de junio del 2005 al 29 de agosto del 2006, en que el accionante ha ejercido funciones de representación, por lo que al tenor de la disposición del Art. 35 numeral 9 inciso cuarto de la Constitución de la República, este período no estaba amparado por el Código del Trabajo y consiguientemente por el Contrato Colectivo, cuya exclusión se estipula en la Cláusula 7 de dicho contrato.- **SÉPTIMO.-** Probada la relación laboral, la carga de la prueba se invierte y corresponde al empleador justificar haber cumplido con las obligaciones patronales al tenor de la disposición del Art. 42 numeral 1 del Código del Trabajo, al no hacer, se ordena el pago de los siguientes rubros: a) Proporcional de décimo tercero y décimo cuarto sueldos, correspondientes al último período laborado; b) Proporcional de vacaciones.- **OCTAVO.-** El actor reclama en su demanda el pago de la bonificación por desahucio prevista en el Art. 185 del Código del Trabajo y la bonificación por separación voluntaria a la que se refiere la Cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo; al respecto se observa lo siguiente: El Art. 35 numeral 12 de la Constitución Política del Estado, aplicable al caso, garantiza la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral. Si el trabajador hubiere optado por presentar su decisión de separación voluntaria y cumplido con los requisitos y condicionamientos que señala la Cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo de Petroindustrial, obviamente tiene derecho a que se aplique la norma

contractual en referencia.- El desahucio, que es la opción que ha elegido el actor, constituye la decisión unilateral del trabajador de terminar la relación laboral, notificada al empleador a través de la Inspectoría del Trabajo, decisión que no requiere de ningún condicionamiento, por lo cual el empleador debe cancelar al trabajador la bonificación prevista en el Art. 185 del Código de Trabajo. Es decir se trata de dos instituciones laborales de diferente naturaleza jurídica, tal es así que mientras en la separación voluntaria se toma como tiempo de servicio inclusive los años de servicio en el sector público; en el desahucio se considera únicamente el porcentaje al que se refiere la norma legal citada, considerando los años laborados bajo la dependencia del mismo empleador.- En el Contrato Colectivo de Trabajo de PETROINDUSTRIAL en referencia, no consta que las partes sobre la base del principio de la autonomía colectiva hayan pactado que son acumulables, el valor que corresponda por la "CONTRIBUCIÓN POR SEPARACIÓN VOLUNTARIA" constante en la Cláusula 14 del Contrato Colectivo de Trabajo y la bonificación por desahucio prevista en el Art. 185 del Código del Trabajo.- Si la entidad demandada acepta al contestar la demanda el pago acumulado de estos dos rubros; y con absoluta desidia procesal no fundamenta su recurso de apelación y casación sobre la improcedencia del pago de los mencionados beneficios en forma acumulada; ello no obliga a los juzgadores de ningún modo a reconocer el pago de beneficios que no estén determinados en la ley ni en la contratación colectiva; tanto más que la sentencia sube en grado también por consulta. **NOVENO.-** Se niega el pago de los siguientes rubros: a) La bonificación por separación voluntaria prevista en la Cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo, en virtud del análisis efectuado en el Considerando anterior; b) bonificación por desahucio; porque procesalmente se ha demostrado que el actor presentó la petición de desahucio para terminar la relación laboral con la empresa demandada; y que, ésta reconoció y canceló di-

cha bonificación prevista en el Art. 185 del Código del Trabajo, como expresa el actor en su demanda. **DÉCIMO.-** Cumpliendo la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. N° 138 de 1 de marzo de 1999 se procede a cuantificar los rubros que se ordena para en el Considerando Sexto de la sentencia. Se toma como tiempo de servicio desde el 1 de octubre de 1975 hasta el 31 de agosto del 2007; para efectos del cálculo de lo haberes que se ordena pagar, únicamente el último período de la relación laboral; y como remuneración percibida la que consta en la liquidación de haberes de fs. 60: a) Proporcional décimo tercer sueldo: dic/06 a 31 agost/07 = USD 2,452.68; b) Décimo cuarto sueldo: sep/06 agt/07 = USD 170; c) Vacaciones (incluyendo la liquidación de vacaciones no gozadas que reconoce la empresa demandada en la liquidación de fs. 58): USD 14,331.67.- Total General = USD 16,954.35. En virtud de lo expuesto, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, hoy corte Provincial el 6 de agosto de; y ordena que la Empresa PETROINDUSTRIAL, en la persona de su representante legal, pague al actor, la cantidad de DIECISEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DÓLARES CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (USD 16,954.35), valor al que ascienden los haberes que se ordena pagar en sentencia. En la etapa de ejecución el Juez de Origen deberá calcular los intereses a los que se refiere el Art. 614 del Código del Trabajo, con la tasa de interés legal vigente al momento en que se dicta esta sentencia, según lo dispone la norma legal en referencia. Sin costas ni honorarios.- **NOTIFÍQUESE.-** Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza de la Corte Nacional; Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez de la Corte Nacional Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza de la Corte Nacional

**3.3.2. Juicio N° 119-2009 ex 2ra. Sala****Asunto:** Jubilación Patronal**Jueza Ponente:** Dra. Paulina Aguirre Suárez**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Sala de lo Laboral.-**

Quito, **VISTOS.-** 14 de mayo de 2012, 13h10. Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de haber sido designados y posesionados el 26 de enero de 2012; de la distribución y organización de las Salas prevista en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial realizada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en esta Sala.- **PRIMERO.- ANTECEDENTES:** En el juicio de trabajo seguido por Segundo Jacinto Durango Durango en contra de la Empresa Cemento Chimborazo C.A., en la persona de su representante legal, Raúl Cadena Chiriboga a quien también demanda por sus propios derechos; el actor interpone recurso de casación.- **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** El Tribunal es competente para conocer el recurso de casación en virtud de las disposiciones contenidas en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 183 inciso quinto; 184 y 191 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación y 613 del Código del Trabajo; y de la razón que obra de autos.- **TERCERO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** El casacionista fundamenta su recurso en las causales Primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación; pues manifiesta que, las normas de derecho que se han infringido son los Arts. 23 numeral 26; 24 garantía 13; 35, normas, primera, tercera, cuarta, sexta y doceava; y 273 de la Constitución de la República; Arts. 4, 5, 7, 216 numeral tres inciso primero y 581 inciso final del Código del Trabajo. Arts. 115 y 121 del Código de Procedimiento Civil; Cláusula 44 literal a del Décimo Octavo Contrato Colectivo. Fallos de triple reiteración que constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios: Sentencia dictada el 16 de mayo de 2001 por la Segunda Sala de lo Laboral y Social, Reg. O N° 360 3 de julio del 2001. Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral y Social el 7 de mayo de 1988, R.O. N° 348 de 26 de junio del 2001; Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral y Social, 19 de marzo de 1997, publicada en el Repertorio de Jurispruden-

cia Tomo XLIII. Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, 19 de diciembre de 1996, publicada en el Repertorio de Jurisprudencia, Tomo XLIII; así como las Resoluciones que detalla, publicadas en los R.O. N° 421 de 28-I-83; R.O: O 233 de 14-VI-89; R.O. N° 245-2-VIII-89.- En estos términos fija el objeto el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 194 de la Constitución de la República a la fecha de interposición del recurso, actual Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mediante auto de 26 de febrero de 2009, la ex Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, a esa fecha, califica y admite a trámite el recurso.- **CUARTO.- MOTIVACIÓN.-** Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la República las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, esta Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios "in procedendo", que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta; que en la especie no se invocan. En segundo orden, procede el análisis de las causales por errores "in iudicando", que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta

clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.- **1.-** El casacionista fundamenta el recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación; pues afirma que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en los Arts. 121 y 248 del Código de Procedimiento Civil y que la misma ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia dictada. Que, la prueba aportada dentro de la etapa procesal no ha sido valorada en su conjunto y de acuerdo con la sana crítica, puesto que, para dar al juzgado prueba suficiente ha solicitado conforme lo disponen los Arts. 242 y 250 *ibídem*, se practique una inspección judicial y se nombre un perito, pero que su petición no fue debidamente actuada; que se designó perito al Ing. Juan Carlos Uzcátegui, quien informó que no existe petición expresa del trabajador para que se haya cancelado el fondo global de jubilación patronal y que no existe ningún documento que demuestre que se ha cumplido con lo señalado en la Cláusula 44 del Décimo Octavo Contrato Colectivo. Que, según lo dispone el Art. 248 del Código de Procedimiento Civil, las inspecciones debidamente realizadas hacen prueba en juicio, toda vez que, quien lo realiza es un apersona cono conocimientos técnicos especiales relacionados al caso, cuya inspección se solicita. Que, la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba constantes en el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil ha conducido a una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia recurrida y que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. **1.1.-** Esta causal procede por “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 la no aplicación de normas e derecho en la sentencia o auto”.- Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) La indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) La indicación del medio de

prueba en que se produjo la infracción; d) La infracción de una norma de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y e) Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. Al invocar esta causal el recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectado como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre y una y otra. **1.2.-** La valoración de la prueba es una atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia. La función del tribunal de casación se limita a controlar que en esa valoración el juzgador de instancia no haya transgredido las normas de derecho positivo que la regulan; por ello, el recurrente está obligado a señalar las normas de derecho sobre valoración de la prueba que, a su juicio, han sido transgredidas y de qué manera se ha operado esa transgresión. **1.3.-** El recurrente señala que la Sala de alzada aplica indebidamente las disposiciones contenidas en los Arts. 121 y 248 del Código de Procedimiento Civil; al respecto se advierte: a) El Art. 121 del Código de Procedimiento Civil determina que “La pruebas consisten confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes...”. El Art. 248 *ibídem* señala que: “La inspección hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos, que demandan examen ocular o conocimientos especiales”. El Art. 242 del Código de Procedimiento Civil, define a la inspección judicial como “...el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia”. En la especie la prueba que formula el actor en la etapa de formulación de pruebas en la Audiencia Preliminar es la exhibición de documentos, diligencia para la que solicita que se designe un perito; prueba que es ordenada por el Juzgado en su oportunidad. El accionante expresa que como consecuencia de aplicar indebidamente las normas procesales señaladas la Sala incurre en una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia recurrida; sin que

determine cuáles normas de derecho son las que a su entender se aplica indebidamente en el fallo impugnado; observándose además que la norma procesal relativa a la inspección judicial no es aplicable al caso; por lo que, no se ha justificado la causal invocada. **2.-** El casacionista fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, porque, según afirma, existe aplicación indebida del Art. 216 numeral tres inciso primero del Código de Trabajo que ha ocasionado la no aplicación de la Cláusula 44, literal a) inciso final del Décimo Octavo Contrato Colectivo, vigente a la fecha en que terminó la relación laboral, al confirmar la Sala de alzada la sentencia dictada por el Juez de primera instancia. Que, si existiere alguna duda sobre la forma de aplicación del Contrato Colectivo que no es el caso, la interpretación y aplicación del Décimo Octavo Contrato Colectivo debe hacerse en el sentido más favorable para el compareciente en su condición de trabajador. Que, el Art. 35 de la Constitución de la República, a la fecha en que termina la relación laboral, lo ampara en las disposiciones primera, tercera, cuarta y sexta, mismas que no han sido acatadas por la Sala. Que, no se ha respetado el pacto colectivo, como lo prevé el citado Art. 35 numeral 12 de la Constitución. Que, el pago mensual de la jubilación patronal es un derecho imprescriptible e irrenunciable, el mismo que no puede ser desconocido por ningún Juez o Tribunal, porque se estaría violando las Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Que, en ningún momento el actor desconoce que existió un pago global por jubilación patronal, que le fue impuesto por el empleador sin haber existido la petición expresa por escrito del actor, ni tampoco el trámite judicial acordado por las partes que se determina en el inciso final de la Cláusula 44 del Décimo Octavo Contrato Colectivo. Que, existe Falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia dictada por las razones a las que ya se hizo referencia. **2.1.-** Esta causal procede por "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".- El vicio que la causal primera imputa al fallo es la violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha

dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgado. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya trasgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgado le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.- **2.2.-** El Art. 216 numeral 3) del Código del Trabajo, determina que: "El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que e mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio. El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con la cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador...". El Art. 44 literal a) del Décimo Octavo Contrato Colectivo celebrado entre la Empresa Cemento Chimborazo y sus trabajadores, dispone "El trabajador

que hubiere prestado sus servicios en la Empresa de manera continua o interrumpida por veinte y cinco años o más podrá pedir que la Empresa le entregue directamente por una sola vez un fondo global sobre un cálculo debidamente fundamentado y que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 219 del Código del Trabajo en vigencia cubre el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinadas en la ley...".- A fs. 335 de los autos obra el "ACTA DE ENTREGA DE FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN PATRONAL", suscrito con fecha 5 de julio del 2001 ante el Inspector del Trabajo de Chimborazo entre el actor y la Empresa de Cemento Chimborazo C.A. a través de su representante legal, acta en la que "...por mutuo acuerdo de las partes al amparo de lo que dispone la cláusula 44 del Décimo Octavo Contrato Colectivo de Trabajo y el inciso final del Art. 219 del Código del Trabajo añadido por el Art. 189 de la Ley para la Promoción y Participación Ciudadana ... suscriben ante la autoridad administrativa nombrada el presente acuerdo con el cual se extingue la obligación del empleador para con el trabajador del pago de las pensiones jubilares patronales...". Del contenido del Acta en mención se desprende que el accionante de mutuo acuerdo con la empleadora aceptó recibir un fondo global de pensión jubilar previsto tanto en el Art. 216 numeral 3) del Código del Trabajo, como en la Cláusula 44 del Contrato Colectivo; sin que, del proceso se observe que la expresión de su voluntad adolezca de alguno de los vicios del consentimiento a los que se refiere el Art. 1467 del Código Civil, por lo mismo este acuerdo tiene plena validez jurídica; tanto más que el valor que se cancela por este concepto se ajusta a los parámetros establecidos en la citada norma legal. **2.3.-** En cuanto a la jurisprudencia que cita el accionante no es aplicable al caso; la primera porque se refiere a una sentencia dictada antes de la reforma al Art. 219 actual 216 del Código del Trabajo a través de la Ley publicada en el R.O. N°

144 de 18 de agosto de 2000, cuyo Art. 189 establece la posibilidad de que se reconozca al trabajador un fondo global que no podrá ser inferior al 50% del sueldo o salario mínimo sectorial unificado que correspondiente al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio multiplicado por los años de servicio; norma que se aplica en el caso de la especie; y la segunda porque se refiere a la aplicación del principio "Indubio Pro labore", aplicable en caso de duda; circunstancia que no es la del caso sub judice; pues existe norma legal y contractual que expresamente reconocen el pago de un fondo global en concepto de pensión de jubilación, señalando límites para cuantificarlo; fondo que en el caso se ajusta estrictamente a lo previsto en el citado Art. 216 numeral 3 del Código del Trabajo. Respecto a las garantías constitucionales que en su condición de trabajador lo amparan en el Art. 35 numerales 1, 3, 4, 6, vigente a la fecha en que termina la relación laboral, se observa que, con el reconocimiento del pago del fondo global de la pensión jubilar, no se han violado sus derechos irrenunciables e intangibles; pues se aplicó la Ley y la contratación colectiva, como expresamente lo señala el numeral 12 de la citada norma constitucional. De lo analizado se concluye que el recurrente no ha justificado las causales en las que fundamenta el recurso de casación. En virtud de lo expuesto, esta Sala, **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 de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, hoy Corte Provincial el 20 de mayo del 2008 a las 10h18.- Notifíquese y devuélvase.- Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza de la Corte Nacional; Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez de la Corte Nacional; Dra. María del Carmen Espinoza Valarezo, Jueza de la Corte Nacional

**3.3.3. Juicio Nº 251-06****Asunto:** Indemnización por despido intempestivo**Ponente:** Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-**

Quito, abril 02 de 2012; las 09h50.- **VISTOS.-** En el juicio verbal sumario de trabajo seguido por la señora Maricela Jeauqueline Vásquez Benalcázar en contra de la Sociedad Financiera M.M. Jaramillo Arteaga, Sucursal Ibarra en la persona del Lcdo. Fabián Rafael Gómez Barahona, Gerente y representante legal de la Región Norte; la actora, al habersele negado el recurso de casación que interpusiera de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Ex Corte Superior de Justicia de Ibarra, que revoca la sentencia pronunciada por el Juzgado provincial del Trabajo de Imbabura que acepta parcialmente la demanda, interpone en tiempo oportuno, recurso de hecho; en virtud de lo cual y por ser el momento procesal pertinente, corresponde resolver por lo que previamente se efectúan las siguientes consideraciones. **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de casación en razón de que: El Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No 004-2012, de 25 de enero de 2012, designó como juezas y jueces a quienes en la actualidad conformamos la Corte Nacional de Justicia, cuya posesión se cumplió el 26 de enero del mismo año; y dado que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero del año en referencia conformó las Salas Especializadas del modo previsto en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 1 de la Ley de Casación, Art. 163 del Código del Trabajo y el resorteo realizado cuya razón obra de autos (fs. 8 del cuaderno de casación). Calificado el recurso por la Ex Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia ha sido admitido a trámite por cumplir con los requisitos formales previstos en el Art. 6 de la Ley de Casación.- **SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurso de hecho tiene como objetivo principal, verificar si el recurso de casación ha sido negado o no de acuerdo con la ley; en la presente causa, mediante auto de 31 de julio de 2002, las 09h00, dictado por la Ex - Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Ex - Corte Suprema de Justicia (fs. 2 de este cuadernillo), ha sido aceptado a trámite el recur-

so de casación interpuesto por la actora de la presente controversia, por consiguiente corresponde analizarlo; en este sentido, la recurrente considera infringidas las siguientes normas de derecho: Arts. 5, 7, 8, 9, 188 y 590 del Código de Trabajo; Art. 35 numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 8 de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador; y, Arts. 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil.- Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la ley de la materia, considerando la existencia de indebida aplicación de las normas de derecho que anota; de una *“...clara violación de los principios constitucionales y Legales (...) que ha incluido determinadamente en la parte resolutive del fallo que ha inducido (sic) a que el juzgador no aplique debidamente las Normas de Derecho.”*, y, de una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que ha conducido también a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia. **TERCERO.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:** Tomando en cuenta ciertos criterios de la doctrina se advierte: Que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: *“...el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía dispositiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esta función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas...”* (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Vescovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación, expresa: *“Luego de una evolución histórica en la que se ha producido*

alguna alteración en sus finalidades iniciales (Supra Cap. I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: La defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p 25). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: “La función de la Casación es construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública...” (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Especial, Quito, 2005, p. 17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge “...como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como Nomofilaquía, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial, y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso...” (La Casación, estudio sobre la Ley Nro. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p45). Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independientemente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que juezas y jueces debemos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia N° 66-10-CEP-CC, caso N° 0944-09-EP. Registro Oficial Suplemento N° 364, de 17 de enero de 2011, p. 53 que, “El establecimiento de la casación en el país,

además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, revela al juez de esta tarea, al fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...”. **CUARTO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:** Siendo que el recurso de casación por su naturaleza jurídica es de carácter extraordinario y formal, que tiende a anular actos jurisdiccionales como autos y sentencia cuando se ha irrogado perjuicio a una de las partes por errores in iudicando o in procedendo; y que en el presente caso la recurrente realiza las acusaciones que constan en el recurso presentado, esta Sala de la revisión del proceso establece lo siguiente: **1)** En la especie se observa que la inconformidad de la recurrente se sustenta en el hecho de que, el fallo que ataca no valora adecuadamente la prueba, es decir, no reconoce la existencia del despido intempestivo demandado y con ello el derecho a recibir el pago de las indemnizaciones correspondientes por esta forma de concluir la relación laboral.- **2)** Una vez que se ha establecido la inconformidad de la recurrente, es necesario confrontarla con la sentencia que impugna y las piezas procesales necesarias e indispensables para que luego de un estudio minucioso determinar si procede o no la impugnación de la casacionista; por lo tanto, habiendo la recurrente fundamentado su recurso señalado por una parte, que se han infringido entre otras normas el Art. 35 numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 8 de la Constitución Política de la República vigentes a la fecha de presentación del recurso que establece normas fundamentales que tutelan la intangibilidad, irrenunciabilidad y determina la forma de interpretar en caso de duda sobre el alcance de disposiciones legales; y de otra que se ha infringido así mismo normas como la contenida en el Art. 5 del Código del Trabajo, que establece la obligación de funcionarios judiciales y administrativos a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos; y teniendo en cuenta que la causal tercera procede en los casos de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de

la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; así como, el alcance de esta causal y en la comprensión que la valoración de la prueba es una atribución privativa de los jueces y tribunales de instancia; esto es, que el tribunal de casación no tiene otra potestad que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya transgredido normas positivas que regulan la valoración de la prueba, salvo casos excepcionales, cuando parezca indudablemente que no hay aplicación de las reglas valorativas de la prueba o que exista una valoración ilógica o contradictoria y que ello haya conducido a tomar una decisión arbitraria, haciéndose preciso en tal caso un nuevo análisis para determinar con certeza si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado erróneamente las disposiciones legales o constitucionales, los principios de la sana crítica en razón del valor dado a las pruebas, como sostuvo la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 303-2005, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 165 de 5 de abril de 2010, a objeto de garantizar principios fundamentales como el de acceso a la justicia, tutela efectiva e imparcial de derecho e intereses al tenor de lo constante en los artículos 75 y 169 de la Constitución de la República, priorizando de esta manera el derecho a la forma de su ejercicio para no sacrificar los intereses de la justicia, en ese sentido se precisa: **2.1.)** La actora de este juicio en su demanda señala que la relación laboral con la entidad accionada concluyó mediante despido intempestivo, ya que la empresa obligó a firmar la carta de renuncia utilizando medios de presión e intimidación bajo amenaza de ser detenida o enjuiciada penalmente, lo cual vició su consentimiento de terminar el vínculo laboral y por tanto se configuró esta forma legal y arbitraria de concluir la relación laboral y con ello su derecho a las indemnizaciones por despido intempestivo; **2.2)** Para demostrar las aseveraciones efectuadas en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, en términos del Art. 117 (actual 113) y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la parte demandada presenta el documento de fs. 30 que contiene la renuncia irrevocable de la trabajadora, documento que precisamente constituye materia central del juicio, por haber sido *-según la actora-* obligada a firmar bajo

intimidaciones y amenazas; quien, recurre a la prueba testimonial y solicita dentro del respectivo término, como prueba a su favor, la declaración de varias personas (fs. 12 vta., 13, 19 vta., 20, 74, y 74vta.), con las que se determina la existencia de la relación laboral entre las partes y su horario de trabajo (que no constituye materia del recurso); y que para el caso merece especial atención, la declaración del señor policía Edison Roberto Murillo Castillo al contestar la pregunta número 2.- indica que el día en que se sucedieron los hechos se encontraba en las oficinas de la entidad demandada *"...solicitando información para un préstamo..."*; al contestar la pregunta 3.- expresa que *"efectivamente el día dos de febrero de dos mil uno, a eso de las diez horas con treinta minutos, escuché (sic) que el Gerente de la Financiera M.M. Jaramillo Arteaga, Fabián (sic) Gómez (sic) Barahona, le manifestó que si no firmaba la renuncia con el transcurso del tiempo iba a incurrir en problemas legales e incluso que le iban a privar (sic) de su libertad (detenerla)..."*, y, al responder la pregunta 4.- contesta: *"el día viernes dos de febrero efectivamente me consta que es verdad ya que presencie (sic) lo relatado..."*, y, **2.3.)** Concomitantemente, a fs. 91 vta. Y 92 consta la confesión del demandado Ing. Fabián Gómez Barahona, quien contesta a la pregunta 3.- del pliego de preguntas de fs. 93: *"...Yo no recuerdo sobre lo que se me pregunta..."*, refiriéndose al cuestionamiento de que si dispuso o no a la señora Ana Mercedes Chiriboga, funcionaria de la entidad, que redactara la carta de renuncia a la actora; en tanto que, cuando en el número 4.- se le pregunta: *"Diga el confesante con claridad y exactitud que usted me obligó a firmar esta carta de renuncia que fue redactada por Ana Mercedes Chiriboga, o caso contrario me llevaría detenida..."*, responde: *"No es verdad, se aconsejó una salida de buena fe..."*, por último, cuando en la número 5.- se le pregunta: *Diga el confesante con claridad y exactitud si es verdad y le consta que yo jamás redacté ésta carta de renuncia peor aún libre y voluntariamente la firmé y diga porque razones se me obligó a firmar..."*, contesta: *"No me consta si redactó o no redactó, lo demás tengo contestado..."*. **3)** El art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil, dispone que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; en tanto que, el Art. 126 (actual 122) inciso primero, del

mismo Código adjetivo, prescribe que: “Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho.”; consecuentemente, en términos de sana crítica, -la conjunción de la lógica, la contradicción, la experiencia-, analizada con detenimiento la prueba testimonial aportada por la actora y la confesión rendida por el demandado, tal cual consta en líneas anteriores, se advierte contradicción y duda en la confesión del accionado, en tanto en los aspectos indicados, no niega de manera categórica sobre lo preguntado y más bien al contestarla posición 4 de la confesión judicial el demandado a más de que no niega responde de una manera tal que en su esencia contiene una forma de contestar en positivo, adicionando a su respuesta, una explicación que a su juicio era lo que debía hacer como “...salida de buena fe...”, no así en cuanto al testimonio del señor Roberto Murillo Castillo; situación jurídica que es determinante si se considera además que si bien obra del proceso a fs. 34 la renuncia en mención no se observa constancia procesal de que ésta haya sido aceptada por el empleador y ponga en evidencia que la relación laboral entre las partes concluyó por mutuo acuerdo, en concordancia con el numeral 2 del Art, 169 del Código del Trabajo, como tampoco consta de autos que con ese motivo se haya suscrito documento de finiquito entre la partes, como suele ocurrir en estos casos. Además sobre la renuncia voluntaria Antonio Vásquez Vialard al tratar sobre el principio de conservación de la relación laboral y analizar sobre la renuncia al empleo refiriéndose a la legislación argentina, esclarece sobre este tema al señalar: “...sólo que condicionando su validez a que la decisión se exprese a través de un acto que ofrezca ciertas garantías en cuanto a asegurar la libre decisión del empleado; como requisito para dicha validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado curzado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo. Además, la ley admite otra forma de renuncia al empleo, que se expresa a través de un acuerdo mutuo entre las partes que pueden formalizarse ya explícitamente

“mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo” (Tratado del Derecho del Trabajo, Tomo 2, editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1982, pp. 250 y 251. De lo antedicho este Tribunal estima que la Segunda Sala de la Ex Corte Superior de Justicia de Ibarra al momento de resolver la causa incurrió en los vicios de valoración de la prueba previstos en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, cuando de los recaudos procesales se establece que la exembajadora fue obligada por su empleador, bajo presión y amenaza de ir detenida, a firmar la renuncia a su puesto de trabajo configurándose de ese modo, la existencia del despido intempestivo; pues se han determinado las circunstancias de lugar, tiempo y modo que exige la doctrina para determinar esta decisión unilateral de la empleadora, con lo cual se ha justificado las causales invocadas por la recurrente en su escrito en el que interpone el presente recurso. Por todo lo expuesto, y sin ser necesarias otras consideraciones, al haberse resuelto los puntos materia del recurso; esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Ex - Corte Superior de Justicia de Ibarra, dejando en firme en todas sus partes la sentencia del Juez del Trabajo de Imbabura, ordenándose además el pago demandado en la letra f) de la demanda, correspondiente a la indemnización por despido intempestivo tomando en cuenta como última remuneración para efectos de la reliquidación respectiva, el juramento deferido de la actora que obra de fs. 81 vta. Y 82 del cuaderno de primera instancia, liquidación que será practicada por el Juez de Instancia. Por ausencia legal del Secretario titular, actúe el Doctor Segundo Ullóa Tapia, en calidad de Secretario Relator Encargado.- Notifíquese y devuélvase. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL. Certifico.- Dr. Segundo Ullóa Tapia, Secretario Relator (E).

**3.3.4. Juicio Nº 378-2005 ex 1ra. Sala****Asunto:** Existencia de relación laboral.**Ponente:** Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-****Quito, abril 02 de 2012; las 10h30. VISTOS.-**

En el juicio verbal sumario de trabajo seguido por Ángel Leonidas Álvarez Astudillo, en contra de los cónyuges Ing. Edgar Maldonado y Lcda. Esperanza Ortega por sus propios derechos y en calidad de propietarios de la Fábrica "Cerma Ceramic's", en su condición de demandados inconformes con la sentencia expedida el 19 de enero del 2005, a las 10h30, por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Loja, que confirma en todas sus partes la sentencia de Primer Nivel que aceptó parcialmente la demanda, en tiempo oportuno interponen recurso de casación; por lo que encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de casación en razón de que El Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012, de 25 de enero del 2012, designó como juezas y jueces a quienes en la actualidad conformamos la Corte Nacional de Justicia, cuya posesión se cumplió el 26 de enero del mismo año; y dado que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero del año en referencia conformó las Salas Especializadas del modo previsto en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que en nuestra calidad de Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento de la presente causa, al amparo de lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República; 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 1 de la Ley de Casación, Art. 613 del Código del Trabajo y el resorteo realizado cuya razón obra de autos (fs. 5 del cuaderno de casación). Calificado el recurso por la Ex Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia ha sido admitido a trámite por cumplir con los requisitos formales previstos en el Art. 6 de la Ley de Casación.- **SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La parte recurrente, estima que en la sentencia que impugna se han infringido los siguientes artículos: 200 de la Constitución Política

de la República del Ecuador; 8, 577, 580, 590, 600 y 609 (actuales 8, 568, 571, 593, 602 y 612) del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- **TERCERO.- ASUNTOS MATERIA DE RESOLUCIÓN:** Teniendo en cuenta lo antedicho, del análisis del recurso de casación interpuesto por los demandados se deduce que son cuatro las acusaciones concretas. **1.-** Los demandados expresan que existe aplicación indebida de los Arts. 600 y 609 (actuales 603 y 612) del Código del Trabajo, Art. 122 (actual 118) del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Ley de Casación, al haberse denegado por parte del Tribunal Ad quen la recepción de las declaraciones de los testigos presentados por los demandados, quienes expresan que por tal circunstancia han quedado en indefensión; y, con esos razonamientos señalan que ha existido falta de aplicación del Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador al no haber atendido el pedido de que a los testigos presentados por su parte en primera instancia, se les recepte sus declaraciones en segunda instancia. **2.-** Que existe aplicación indebida del Art. 590 (actual 593) del Código del Trabajo, porque con el juramento deferido no se justifica la existencia de la relación laboral. **3.-** Que la Jueza de Trabajo y los Ministros de la Sala Especializada de la Corte Superior de Justicia de Loja, (hoy Corte Provincial), no han tomado en cuenta lo dispuesto en el Art. 8 del Código del Trabajo, para que entre actor y demandado exista contrato individual sujeto al Código del Trabajo, ya que afirman no haber existido el indicado contrato de trabajo y que por tanto no ha existido relación de dependencia, como tampoco remuneración pactada, ya que lo que ha existido a criterio de los demandados es una sociedad de hecho. **4.-** Que ha existido, de una parte, aplicación indebida del Art. 580 que aunque no precisa se entienda se refiere al Código del Trabajo (actual Art. 571), al considerar e insistir que la Jueza de Trabajo y los Ministros de la Sala Especializada de lo Laboral de Loja, que con el juramento deferido queda comprobada la relación laboral, no siendo así el criterio de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia, de que el juramento deferido no justifica la existencia de la relación

laboral, y de otra, que en consecuencia, al haberse alegado la incompetencia hubo falta de aplicación del Art. 580 del Código del Trabajo, es decir que a criterio de los demandados, al referirse a una misma norma laboral de orden procesal como es el caso del Art. 580, se ha incurrido, de una parte, en la causal de aplicación indebida, y de otra, se ha incurrido también en la causal de falta de aplicación de aquella norma.- **CUARTO.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:** Tomando en cuenta algunos criterios valiosos de la doctrina se advierte: Que Manuel de la Plaza, al tratar sobre el concepto y fines de la casación considera que: "...el Estado necesitaba de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas..." (La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 10 y 11). A su vez, Ricardo Vescovi, al referirse a la naturaleza y fin de la casación, expresa: "Luego de una evolución histórica en la que se ha producido alguna alteración en sus finalidades iniciales (Supra Cap. I) hace ya un siglo que, la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro Instituto, estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, p. 25). Por su parte, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre la Casación y el Estado de Derecho, entre otros aspectos, manifiesta: "La función de la Casación es construir el vehículo a través del cual el Estado, por intermedio de su Corte Suprema de Justicia, realiza el control de la actividad de los jueces y tribunales de instancia en su labor jurisdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública..." (La

Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Especial, Quito, 2005, p. 17). En este contexto, Galo García Feraud, al determinar los propósitos del recurso de casación, reitera que ésta surge "...como un recurso que pretende defender el derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como Nomofilaquía, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada (...) otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial, y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso..." (La Casación, estudio sobre la Ley No. 27 Serie Estudios Jurídicos 7, Quito, 1994, p. 45). Sin embargo de ello al expedirse la Constitución de 2008 y conceptualizar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, cambió radicalmente el marco en el que se ha desenvuelto la administración de justicia en forma tradicional y exige que juezas y jueces debamos garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia No. 66-10-CEP-CC, caso No. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento No. 364, de 17 de enero del 2011, p. 53 que, "El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...". **QUINTO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:** El Tribunal debió analizar las causales en las que los accionados fundamentan el recurso siguiendo el orden lógico propio para estos casos, esto es tercera y primera; más, siendo que los recurrentes se han limitado únicamente a invocar la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación referente a la existencia en el fallo de "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea

interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”, sin realizar ninguna fundamentación o al menos referencia al respecto, por lo cual no habiendo ningún aspecto que dilucidar en relación a esta causal se establece que no es admisible la misma y por lo que se analiza a continuación las acusaciones relacionadas con la causal primera.- **RESPECTO A LA PRIMERA ACUSACIÓN.-** Sobre la Primera Acusación se advierte que los Arts. 600 y 609 (actuales 603 y 612) del Código del Trabajo, contemplan: “Facultad de los tribunales de última instancia.- Los tribunales de última instancia podrán ordenar, de oficio, las diligencias que creyeren necesarias para esclarecer los puntos controvertidos, inclusive llamando a declarar a los testigos nominados por las partes en primera instancia, y que no hubieren declarado antes”; y, “La Corte fallará por los méritos de lo actuado pero, de oficio, podrá ordenar la práctica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos”. Del contenido de estas dos normas de orden procesal laboral se establece de una parte, que es una facultad de los tribunales de última instancia el de ordenar “de oficio” las diligencias que creyeren necesarias para esclarecer los puntos controvertidos “inclusive llamando a declarar a los testigos nominados por las partes en primera instancia, y que no hubieren declarado antes”, facultad ésta que por lo constante en el Art. 612 del Código del Trabajo se ratifica la circunstancia que las Cortes Provinciales fallarán por el mérito de los autos y que “de oficio”, como prescribe la norma antes referida, podrán practicar diligencias que estimen necesarias para esclarecer los hechos. El contenido de estas normas pone en evidencia que la prueba de oficio no puede tener como antecedente un requerimiento de una u otra o de las partes procesales, ya que, ello es posible en materia laboral, sólo en primera instancia en el procedimiento laboral oral y al momento de la audiencia preliminar donde las partes procesales tienen toda la capacidad para anunciar pruebas en el marco del ordenamiento jurídico, mas no, fuera de esa etapa procesal, o en el juicio verbal sumario en el término de prueba y en el marco constitucional del principio de la prueba debidamente actuada y no otro. En la especie, obra de autos el acta de la audiencia de conciliación (fs. 8 y 9), en la que,

los accionados, al contestar la demanda a través del Dr. Luis Ortega Herrera, quien manifiesta no haber existido entre el accionante y los demandados contrato individual de trabajo y sobre esa base niega simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho y alega incompetencia del Juzgado por cuanto el asunto corresponde a materia civil y consecuentemente a conocimiento de los jueces de esa rama por tratarse a decir de los demandados se está frente a una sociedad de hecho. En el presente caso tratándose de un procedimiento en vía verbal sumaria, en el término de prueba concedido, la demandada Esperanza Ortega, en escrito que obra de autos (fs. 13 y 14) acápite V, solicita se recepen los testimonios de Manuel Guayllas y Agustín Castillo, al tenor del interrogatorio que formula en el mismo escrito, a consecuencia de lo cual consta del proceso (fs. 15) que el órgano jurisdiccional de primer nivel dispone se reciban las declaraciones de los testigos indicados en la forma solicitada, sin que obre de autos que los testigos referidos hayan rendido sus declaraciones como manifiestan los casacionistas en el escrito que interponen el presente recurso; y en escrito que consta a fs. 16, acápite I, solicita se reciban las declaraciones de Mariela Yunga y Celina de Jesús Saca, a causa de lo cual el Juzgado dispone en providencia respectiva (fs. 17) se reciban las declaraciones solicitadas, de lo cual tampoco consta que ello haya ocurrido. Consta así mismo, en el cuaderno de segunda instancia que la demandada Esperanza Ortega H., con fecha posterior, luego de haber interpuesto recurso de apelación, fundada en el Art. 600 del Código del Trabajo expresa: “De conformidad con el Art. 600 del Código del Trabajo, solicito muy comedidamente se sirva disponer, se reciban las declaraciones de mis testigos, Manuel Guayllas, Agustín Castillo, Mariela Yunga y Celina de Jesús Saca, constantes de fs. 13 y vta., y 16 de los autos solicitados...”, solicitud que es negada por la Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, negativa que se fundamenta expresando: “...porque la facultad concedida en el Art. 600 del Código del Trabajo corresponde a los Tribunales de última Instancia, en el caso, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala correspondiente”. Lo cual en estricto derecho implica que la Sala realizó una errónea interpretación de los Arts. 600 y 609 (actuales 603 y 612) del Código del Trabajo, en tanto, esta causal se produce cuando siendo la norma

cuya transgresión se señala la pertinente para el caso el o los juzgadores le han dado un sentido y alcance que no tiene, esto es, que es contrario al espíritu de la Ley y no como los demandados afirman haber existido en el presente caso una aplicación indebida de los referidos artículos, ya que, ello ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más, se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; y que además mas allá de la imprecisión de los demandados al fundamentar su recurso expresando haber existido aplicación indebida de los artículos antes referidos como quedó expresado, la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, en esta instancia, no estaban facultados para receptar los testimonios de los testigos presentados por los accionados a petición de parte de éstos, en tanto que, es una facultad concedida por la Ley a los tribunales de segunda y última instancia, de así crearlo necesario el hacerlo de oficio. Desde luego, es inadmisibles que la Sala, para negar la recepción de los testimonios de los testigos presentados por los demandados, hayan fundamentado del modo que lo hacen en la providencia constante a fs. 4 vta., del proceso de Segunda Instancia. De manera conexa con lo antedicho, los recurrentes acusan que el Tribunal de Segunda Instancia ha incurrido en falta de aplicación del Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y para ello sostienen que la Corte Suprema de Justicia actuará como Corte de Casación y que al no haber atendido sus peticiones han quedado en la indefensión al no haber actuado la prueba solicitada y despachada en el término de prueba concedido. Al respecto, el Art. 200 de la Carta Fundamental invocada por los casacionistas prescribe: "La Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio Nacional y su sede en Quito, actuará como Corte de casación, a través de Salas Especializadas, y ejercerá, además, todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las Leyes"; norma constitucional clara y precisa que no se halla en discusión; y que, para aceptar una causal como las constantes en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, su procedencia se produce cuando los casos que prevé dicha causal "...hayan sido determinantes de su parte dispositiva", circunstancia que en el presente caso no se ha producido y que en el caso concreto la causal invocada de falta de aplicación de la norma cons-

titucional en referencia no es aplicable al caso, en cuanto como se expresó que esta procede cuando el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo que efectivamente es aplicable al caso que se está juzgando, lo cual en este caso no ha sucedido aquello. En cuanto a que los demandados han quedado en la indefensión al no haber actuado la prueba testimonial solicitada por ellos y negada por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, es necesario tener en cuenta que sobre este aspecto Juan Montero Aroca sostiene: "...la única indefensión se produce cuando se impide a una parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en el aspecto de alegar y demostrar, como en el de conocer y rebatir lo alegado y probado por la contraria..." (Derecho Jurisdiccional I, Parte General, 11ª. Edición, Tirant lo blanch, Valencia - España, 2002, p. 56), y que, en la obra Veinte Años de Jurisdicción Constitucional en España, cuyos directores son: Luis Aguilar de Luque y Pablo Pérez Tremps, Tirant lo blanch, Valencia - España, 2002, p. 158, definen a la indefensión en coherencia con la cita antes referida, al decir: "...podemos definir la indefensión como aquella situación en la que se pone al justiciable en cualquiera de las fases del proceso privándole de medios de defensa, que le produce un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses, sin que dicha situación le sea imputable a él...". Por tanto, en el presente caso, habiendo el Juzgado de primer nivel dispuesto que los testigos presentados por la parte demandada rindan sus declaraciones del modo que obra de autos y al no cumplirse aquello, no por una negativa del órgano jurisdiccional de primer nivel sino por causa de los mismos accionados y luego al solicitar éstos al órganos jurisdiccional de segundo nivel se recepten las declaraciones de los testigos anunciados por aquellos en primera instancia y dado que, de conformidad con los Arts. 600 y 609 (actuales 603 y 612) del Código del Trabajo, es una facultad que tenía el indicado órgano jurisdiccional para realizarlo de oficio y no a petición de parte, la indefensión a la que hacen referencia los casacionistas es imputable a ellos y no al órgano jurisdiccional de segundo nivel que en el presente caso es de última instancia; lo cual se halla respaldado por el Art. 122 (actual 118) del Código de Procedimiento Civil, en la condición de que los jueces pueden ordenar de oficio pruebas que juzguen necesarias parra el esclarecimiento de la

verdad y que en este caso la norma invocada exceptúa la prueba de testigos, misma que por lo dispuesto en sus texto, los juzgadores no pueden hacerlo de oficio. Por lo expresado en esta acusación efectuada por los recurrentes en el proceso no existe aplicación indebida de las normas legales que se indica como tampoco falta de aplicación del Art. 200 de la Constitución de 1998, como tampoco que se haya provocado indefensión.- **SEGUNDA ACUSACIÓN.-** Que existe aplicación indebida del Art. 590 (actual 593) del Código del Trabajo, porque con el juramento deferido no se justifica la existencia de la relación laboral.- Sobre esta impugnación es necesario precisar que el juramento deferido debe ser analizado a partir de lo prescrito en el Art. 593 del Código del Trabajo, que de manera expresa señala: “Criterio judicial y juramento deferido.- En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares”, y lo prescrito en el Art. 88 inciso tercero del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que contempla: “A falta de contrato escrito, el adolescente podrá probar la relación laboral por cualquier medio, incluido el juramento deferido”. De tal manera que, de conformidad con el Art. 593, el juramento deferido es una prueba supletoria cuya finalidad se halla establecida en la propia norma, esto es, que es una institución del derecho procesal laboral, que tiene validez, si del proceso el o la accionante ha demostrado la existencia de la relación laboral y sólo en ese caso el juramento deferido a falta de prueba de mejor valor, probará mediante este juramento de una parte, el tiempo de servicios y de otra, la remuneración percibida, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, por cuanto, a criterio de la Sala Especializada de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de Loja, ésta ha establecido la existencia de la relación laboral del modo que precisa en el Considerado Segundo del fallo dictado por la Sala (fs. 21 y 22 del Cuaderno de Segunda Instancia) y sobre ese presupuesto de orden laboral procesal en el Considerando Tercero del mismo fallo expresa que al no haber prueba legal y suficiente sobre el tiempo de servicios y la remuneración percibida

por el actor se ha procedido a recibir “...el juramento deferido constante a fs. 49 de los autos”. Actuación ésta con la que se ha observado de manera estricta lo dispuesto en el Art. 593 del Código del Trabajo, por tanto, la Sala Especializada de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de Loja, no ha incurrido en aplicación indebida del Art. 590 (actual 593) del Código del Trabajo, como afirman los casacionistas. En relación al inciso 3ro., del Art. 88 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como se desprende de su tenor literal, el adolescente a diferencia de los prescrito en el Art. 593 actual del Código del Trabajo, está en la facultad de probar la relación laboral por cualquier medio incluso con el juramento deferido.- **TERCERA ACUSACIÓN.-** Que la Jueza de Trabajo y los Ministros de la Sala Especializada de la Corte Superior de Justicia de Loja, (hoy Corte Provincial), no han tomado en cuenta lo dispuesto en el Art. 8 del Código del Trabajo, para que entre el actor y demandado exista contrato individual sujeto al Código del Trabajo, ya que afirman no haber existido el indicado contrato de trabajo y que por tanto no ha existido relación de dependencia, como tampoco remuneración pactada, ya que lo que ha existido a criterio de los demandados es una sociedad de hecho.- Sobre este punto, de conformidad con en Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que alega y según el inciso tercero Art. 113 ibídem., “El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada...” En la especie, los órganos jurisdiccionales de instancia han establecido la existencia de la relación laboral con la prueba testimonial actuada por el accionante; en tanto que, no obra de autos que los casacionistas hayan actuado prueba alguna que demuestre la afirmación explícita de la existencia de la sociedad de hecho que dicen haber existido con el accionante; más aún cuando, en el ámbito del derecho procesal laboral, si la parte accionada al momento de contestar la demanda sostiene no haber existido relación laboral, ya que como en el presente caso los demandados afirman haber existido una sociedad de hecho, que corresponde a la materia civil y consecuentemente es de conocimiento de los Jueces de esa materia, en reiteradas ocasiones la extinta Corte Suprema de Justicia ha manifestado que negada la forma de relación bajo la afirmación de ser distinta en cuanto a la

modalidad, no le compete al trabajador demandante su justificación; si no que es el demandado o los demandados quienes deben probar que la relación fue bajo forma diferente a la contestación en la demanda; por tanto, habiendo la Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la H. Corte Superior de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia aceptado en la presente causa que entre las partes ha existido relación laboral, se infiere que la misma se da por reunir los elementos constitutivos que para el efecto exige el Art. 8 del Código del Trabajo. Por lo que tal acusación no tiene asidero jurídico alguno, más aún cuando los casacionistas en este caso se limitan a expresar que no se ha tomado en cuenta lo dispuesto en el Art. 8 del Código del Trabajo, sin que precisen ninguna causal de las previstas en el Art. 3 de la Ley de Casación que a su criterio respalde su acusación. **CUARTA ACUSACIÓN.-** Que ha existido, de una parte, aplicación indebida del Art. 580 que aunque no precisa se entiende se refiere al Código del Trabajo (actual Art. 571), al considerar e insistir que la Jueza de Trabajo y los Ministros de la Sala Especializada de lo Laboral de Loja, han sostenido que con el juramento deferido queda comprobada la relación laboral, no siendo así el criterio de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia, de que el juramento deferido no justifica la existencia de la relación laboral, y de otra, que en consecuencia, al haberse alegado la incompetencia hubo falta de aplicación del Art. 580 del Código del Trabajo, es decir que a criterio de los demandados, al referirse a una misma norma laboral de orden procesal como es el caso del Art. 580, se ha incurrido, de una parte, en la causal de aplicación indebida, y de otra, se ha incurrido también en la causal de falta de aplicación de aquella norma.- Sobre esta acusación se advierte que la falta de aplicación a la que se refiere la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación como quedó indicado, se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, la cual efectivamente si es aplicable al caso que se está juzgando. En el presente caso como se expresó no obra de autos que la Sala Especializada de Segunda Instancia hayan determinado la existencia de la relación laboral, tomando en cuenta para ello el juramento deferido como afirman los casacionistas sino lo han hecho en base a la prueba testimonial aportada por el accionante, a conse-

cuencia de lo cual, existiendo relación laboral, el o los jueces de trabajo son competentes para conocer la causa laborales al tenor de lo constante en el Art. 568 del Código del Trabajo, que expresa: "Jurisdicción y competencia de los jueces del trabajo.- Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad", por lo cual la alegación de falta de aplicación del Art. 580 (actual 571) del Código del Trabajo, esto es, que la Sala respectiva ha ignorado la norma en el fallo por ser aplicable al caso que se está juzgando, no tiene ninguna validez jurídica, en tanto el indicado órgano jurisdiccional en el considerando primero, por no haberse omitido solemnidad sustancial alguna que nulite el proceso ha declarado su validez y habiendo determinado procesalmente como consta en la sentencia emitida que entre las partes ha existido relación laboral la indicada Sala es competente para conocer y resolver la indicada causa del modo que lo ha hecho, por lo cual en esta acusación no existe falta de aplicación del Art. 580 (actual 571) del Código del Trabajo, como sostienen los demandados. Haciendo notar que los demandados al invocar de una parte aplicación indebida y por otra falta de aplicación del Art. 580 (actual 571) del Código del Trabajo se ha generado una contradicción por parte de los demandados, impropia en un recurso de casación.- En virtud de lo expuesto este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación presentado y confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal de alzada.- De conformidad con el Art. 12 de la Ley de Casación entréguese a la parte actora el valor de la caución. Por ausencia legal del Secretario titular, actúe el Doctor Segundo Ulloa Tapia, en calidad de Secretario Relator Encargado.- Notifíquese. Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez de la Corte Nacional; Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez de la Corte Nacional; Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez de la Corte Nacional. Certifico.- Dr. Segundo Ulloa Tapia, Secretario Relator (E)

**3.3.5. Juicio Nº 904-10****Asunto:** Indemnización por Jubilación Patronal**Ponente:** Dr. Jhonny Ayuardo Salcedo**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-**

Quito, 2 de septiembre de 2012, las 12h40.

**VISTOS:** En el juicio de trabajo seguido por Alfonso Jiménez en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en la interpuesta persona del Ingeniero Luis Juan Masache Abad en su calidad de Director Provincial. La Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe dicta sentencia con fecha 20 de agosto de 2010, a las 10h02, confirmando la sentencia subida en grado y desechando la demanda propuesta. **ANTECEDENTES:** Comparece Alfonso Jiménez, manifestando que mediante desahucio presentado por el ante la Inspectoría de Trabajo Zamora y notificado el 30 de noviembre del año 2008 dejó de prestar sus servicios lícitos y personales en calidad de Operador de Ayudante de Máquina, para la Dirección Provincial de Transporte y Obras Públicas para acogerse a la jubilación Patronal y del IESS por haber laborado más de 28 años en la institución demandada. Asegura también que, como parte del proceso de desenrolamiento, firmó un acta de finiquito, en la que se tomaron en cuenta para efectos de su liquidación los montos correspondientes a las cláusulas del Décimo Cuarto Contrato Colectivo; posteriormente, a la firma de la referida acta de finiquito, se suscribió un adendum a la misma, respecto al reconocimiento de los beneficios de la cláusula 30 del Décimo Quinto Contrato Colectivo, el mismo que fue suscrito el 16 de diciembre de 2008, es decir, con posterioridad a la salida del trabajador, según afirma esta, 30 de noviembre del año 2008, en el cual se reconocen beneficios que serán pagados, retroactivamente, a los trabajadores a partir de marzo de 2008; dicha cláusula contempla el pago de la suma de: "a) JUBILACIÓN PATRONAL.- El Ministerio procederá a pagar el ciento por ciento de la pensión por Jubilación patronal al trabajador que hubiese cumplido un mínimo de veinte y tres (23) años de servicio en el MTOP y que manifieste voluntariamente su deseo de retirarse de la Institución O QUE HAYA SIDO DESPEDIDO INTEMPESTIVAMENTE. El Ministerio se compromete a incrementar el valor de la Pensión por Jubilación Patronal a CIEN

(\$100) Dólares mensuales. Además el Ministerio, cuando el trabajador se acoja a la jubilación patronal, le entregará la cantidad de UN MIL (1000) DÓLARES POR CADA AÑO DE SERVICIO EN EL MTOP, CON UN MÁXIMO DE VEINTIOCHO MIL DÓLARES PARA EL TRABAJADOR QUE HAYA LABORADO EN LA INSTITUCIÓN (MTOP) POR VEINTE Y SEIS AÑOS EN ADELANTE." (Sic). Por otro lado, afirma el actor, en su demanda, que en la reliquidación efectuada por el Ministerio de Obras Públicas, se aplicó y pagó la "cláusula 34 del XIV Contrato USD 14,000.00 y lo que corresponde a la **CLÁUSULA 30** del XV Contrato Colectivo, USD 14,000.00 SOLO SE HA PAGADO lo dispuesto en el literal a).- del XV Contrato Colectivo y que corresponde a los USD. 28,000.00 PERO DESCONTADO EL IMPUESTO A LA RENTA LA SUMA DE USD 444,10 que como digo debe ser devuelto, con recargo e intereses" (Sic) (Las mayúsculas y resaltado corresponden al texto original). En otras palabras, lo que ha recibido el recurrente son los valores correspondientes a la suma prevista en las cláusulas 34 y 30 del XIV y XV Contratos Colectivos de Trabajo, respectivamente, lo que totaliza la cantidad de veintiocho mil dólares de los Estados Unidos de Norte América (USD. 28.000,00) recibida por el actor, por concepto de "indemnización por desahucio" (sic), de lo que se descontó el valor de cuatrocientos cuarenta y cuatro 10/100 dólares de los Estados Unidos de Norte América, (USD. 444,10) por concepto de Impuesto a la Renta, razón por la cual impugna el acta de finiquito y el adendum por considerar que éstos violan sus derechos, irrenunciables. Asegura también, el recurrente, que el monto entregado es menor al que dispone según el "Mandato Constituyente 2, Artículo 8, párrafo segundo, y Art. 9 que detallo en los numerales 6 y 7" (...) "Ya que mi indemnización POR JUBILACIÓN POR MANDATO CONSTITUYENTE es de USD. 42.000,00. Por lo tanto se me adeuda la suma de USD. 14.000,00, a más como indico, debe entregarse la suma 444,10, de ilegal descuento de mi bonificación por JUBILACIÓN PATRONAL." (sic). Por esta razón demanda que se efectúe la reliquidación respectiva. El juez de primera instancia desecha la demanda por

improcedente y la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, con fecha 20 de agosto de 2010, a las 10h02, dicta sentencia confirmando el fallo recurrido. Insatisfecho con la sentencia expedida por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, el actor, Alfonso Jiménez, interpone recurso de casación por lo que, para decidir, se considera: **PRI-MERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Éste Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, con sujeción a lo dispuesto en el Art. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; en el Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el Art. 613 del Código del Trabajo; y el Art. 1 de la Ley de Casación; y, adicionalmente, atendiendo el sorteo de ley efectuado, cuya razón obra de fs. 3 del último cuaderno.- **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurrente, en su libelo de casación, manifiesta que en la sentencia se han infringido las siguientes normas: Falta de Aplicación de los Arts. 8, párrafo 2 y 9 del Mandato Constituyente N° 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 621 del lunes 28 de enero de 2008; y el Art. 3 de la Ley de Casación. Habiéndose realizado la confrontación de las causales señaladas en el recurso de casación interpuesto por la casacionista con la sentencia u más piezas procesales, se advierte que su inconformidad se concreta en alegar lo siguiente: **2.1.) IMPUGNACIONES DEL RECURRENTE A LA SENTENCIA: a) SOBRE FALTA DE MOTIVACIÓN.-** Asegura el actor que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la Ley, esto es, la falta de motivación en la aplicación de lo que dispone el Mandato Constituyente N° 2, que establece el tope de hasta siete salarios mínimos básicos para los trabajadores que se acojan a la jubilación. **b) SOBRE LA FALTA DE VALORACIÓN DEL ACTA DE FINIQUITO.-** Dice también que no se ha valorado por los juzgadores el acta de finiquito ni el ademum suscritos entre los contendientes “donde se establece montos a pagarse de hasta doscientos diez salarios como máximo, y en el acta se dispone una cantidad menor, lo que se encuentra permitido” (sic). **c) SOBRE RETENCIONES INDEBIDAS.-** El casacionista, adicionalmente, solicita, en su recurso, que se haga la de-

volución de la retención indebida del Impuesto a la Renta por cuanto en el Mandato no se hace alusión a descuento alguno. Igualmente señala que la inobservancia del artículo 8, ha llevado a la Sala a que su resolución no contenga los requisitos exigidos en el artículo 76.7, letra l) de la Constitución, es decir, por falta de motivación de la sentencia de alzada. **TERCERO: MOTIVACIÓN.-** La doctrina explica que: “(...) *La motivación de derecho involucrada en toda sentencia, se relaciona con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes, a los hechos establecidos en la causa, con base en las pruebas aportadas por las partes. Por tanto, lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez es, precisamente aquel trabajo de subsunción de los hechos alegados y aprobados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevea, a través del enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la prevención abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Tal enlace lógico entre los hechos que el juez ha establecido como resultado del examen de las pruebas y las previsiones abstractas de la ley, se resuelve en lo que Satto llamó la valoración jurídica del hecho, esto es, la trascendencia que jurisdiccionalmente se atribuye al hecho, para justificar el dispositivo de la decisión y a este respecto, es clara la obligación que tiene el juez de expresar en su fallo las consideraciones demostrativas de aquella valoración, y justificativa del partido que toma el juez al aplicar los preceptos legales correspondientes, como única vía para que el fallo demuestre aquél enlace lógico hecho -norma que viene a ser el punto crucial de la motivación en la cuestión de derecho-; pues a través del examen de esas consideraciones, es como podrá efectuarse la determinación de si el juez erró o acertó en la aplicación de la ley*”<sup>276</sup> En el mismo sentido, respecto a los efectos del recurso de Casación Márquez Añez dice que: “Entendida así, es en la motivación de la cuestión de derecho donde se encuentra virtualmente reconducida la parte más excelsa y delicada de la actividad decisoria del juez, pues al fin y al cabo el objetivo final de la jurisdicción es la declaración del derecho, que bajo el principio de la legalidad explica y al mismo tiempo condiciona la actividad del juez. Por ello la falta de motivación de la

<sup>276</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación N° 00175-250403-00559-00492.

*cuestión de derecho, constituye un vicio, quizás institucionalmente el más grave, en el que el órgano jurisdiccional puede incurrir (...)*<sup>277</sup>. Conforme al mandato contenido en el artículo 76.7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y de aplicación de la norma constitucional en referencia, ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivar la presente sentencia, este Tribunal de lo laboral, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **CUARTO: ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI: 4.1.) SOBRE LA TUTELA JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.**- El estado democrático constitucional de derechos supone la consagración del principio de supra legalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas y, estando en discusión derechos constitucionales, las juezas y jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. **4.2.) SOBRE VIOLACIONES CONSTITUCIONALES Y MANDATO CONSTITUYENTE:** La técnica jurídica recomienda el orden en que deben ser analizadas las causales y subraya que en los casos que, como en el presente, en el que se alegan violaciones a normas constitucionales, estas deben ser tratadas primeramente. En el caso sub iudice, la recurrente señala que la decisión judicial impugnada viola derechos constitucionales entre ellos: Que se han fracturado las disposiciones constitucionales plasmadas en los artículos 8.2 y 9 del Mandato Constituyente N° 2 así como el del mismo artículo 8, referente a Liquidaciones e indemnizaciones, que dice: *“El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse al a jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector pú-*

*blico, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso (...)*” De igual manera lo referente al artículo 9, relativo a Prohibición que dice: *“Las disposiciones contenidas en el presente Mandato Constituyente, serán de obligatorio cumplimiento y en tal virtud, éste no será susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, o cualquier otra acción judicial o administrativa. Ninguna autoridad, juez o tribunal podrá reconocer o declarar como derecho adquirido un ingreso mensual total que exceda los límites señalados en este Mandato Constituyente”*. Además, el recurrente sostiene que se ha violado el artículo 76, de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra dentro del capítulo de los Derechos de Protección y se refiere a que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. Igualmente el numeral 7, consagra las garantías del derecho a la defensa, las cuales son desarrolladas en el texto constitucional en los literales que van de la a) a la m) y, de manera puntual, señala la violación de la garantía prevista en el literal l) que dice: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras responsables serán sancionados.”*; por tanto, los vicios alegados por el recurrente, en la interposición del recurso, merecen el siguiente análisis: **4.3.) CONSIDERACIONES DEL**

<sup>277</sup> MARQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo, *Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, (1994), Pág. 40

**RECURSO:** El recurso de casación es un medio de impugnación, extraordinario, público y de estricto derecho. Para Humberto Murcia Ballén, *“la casación es un recurso limitado, porque 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 o tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo”*<sup>278</sup>. No es una tercera instancia. El objetivo fundamental del recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que pueda 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. Función 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 ras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia, a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentos en fallos de triple reiteración. De los argumentos del recurrente, a fin de dilucidar si la impugnación a la sentencia posee sustento jurídico, este Tribunal procede a confrontarla con los cargos formulados en su contra y en relación con la normativa legal citada y los recaudos procesales, se observa: **4.3. a) SOBRE LA CAUSAL QUINTA.**- Sobre este respecto, Andrade Ubidia sostiene que esta causal contiene dos vicios que pueden dar lugar a que un fallo sea casado en las siguientes circunstancias: *“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; b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles”*<sup>279</sup>. En el caso que motiva el análisis, este tribunal observa que el recurrente al señalar, según él, cuáles han sido las decisiones contradictorias e incompatibles en las que ha incurrido el fallo de instancia y, al esgrimir sus argumentos, estos se subsumen en la causal 5ta del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que los fallos emitidos por los juzgadores deben ser motivados y fundamentarlos sus decisiones en derecho para que se asegure la protección de las garantías básicas de los ciudadanos, dentro de un Estado constitucional de derechos, debiendo aplicarse, además, las normas del sistema jurídico vigente y las garantías básicas establecidas en la Constitución que hacen efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo basada en derecho, tal como lo establece el artículo 76.7. l), no siendo esta solo una declaración de la voluntad del juzgador ante las pretensiones de las partes procesales. La fundamentación adecuada de sus relaciones le permitirá obtener al juez finalidad, razonabilidad y alcance en la resolución de sus fallos. Por último, como dice Marina Gascón *“la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es más bien de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos ad pompam ad abundantiam y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión”*<sup>280</sup>. En consecuencia, los juzgadores estamos obligados a dictar sentencias motivadas, lo que implica que los jueces debemos estar atados al texto de las normas jurídicas, vigentes, debiendo, como exigencia, establecer la razón de

<sup>278</sup> MURCIA BALLÉN, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Bogotá-2005. P71.

<sup>279</sup> ANDRADE UBIDIA Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade & Asociados, Primera Edición. Quito 2005, P.

<sup>280</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, *La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación*, (Universidad de Castilla - la Mancha) pág. 22

nuestras razones, fundamentadamente, es decir, éstas no podrán ser arrogadas de manera arbitraria, sin ser colegidas de manera sólida y fundamentada. En este sentido, el tratadista Hugo Rocco señala que: *“la norma jurídica es un mandato que, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretada, que e lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero, evidentemente, en esta operación el juez no añade ningún particular de voluntad propia a la ya manifestada por el legislador. La operación por la cual, daba una norma general se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma, es una pura operación lógica y, como se suele decir, un silogismo, en el cual, tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma que hay que seguir en el caso particular”*<sup>281</sup>.

**4.3.b) SOBRE LA CAUSAL PRIMERA.-** Contiene un vicio in iudicando, esto es, cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado, de darse un caso así y si la sentencia viola los conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay un *error de juicio*. Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho de la Constitución y/o de cualquier código o ley vigente, y los precedentes jurisprudenciales obligatorios. Esta es una forma de violación directa de la ley que obliga, al recurrente, a señalar cuál de las tres circunstancias de quebranto de la ley acusa aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación pues, al Tribunal de casación le está vedado elegir una de ellas o cambiar lo indicado por el casacionista.

**4.4) SOBRE EL CASO SUB JUDICE: a) HECHOS Y DERECHOS EN CONFLICTOS.-** En la especie, confrontadas las normas invocadas por la casacionista, con la realidad procesal se observa que el antes indicado Mandato Constituyente No. 2, en su artículo 8, plantea dos eventualidades para percibir “Liquidaciones e indemnizaciones” existiendo una clara distinción entre ambas, inclusive desde, su propio título. Para la primera eventualidad, la liquidación de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro volunta-

rio para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público. Para el segundo caso, el referido mandato señala que el monto de indemnizaciones, en los casos de despido intempestivo, supresión de puesto o terminación de relaciones laborales, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, en total. De lo mencionado se evidencia, con palmaria claridad, que en los casos de renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación sólo corresponde hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio. Y, en los casos de la segunda eventualidad referente al “despido intempestivo”, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales” (...) “será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”.

**B) PRETENSIONES DE LA CASACIONISTA:** En el caso sub judice, el actor recurrente afirma que se le ha “cancelado la suma de USD. 28.000,00 dólares y descontando la suma de USD 444,10” (SIC). Dice el actor, además, que la liquidación “viola lo dispuesto en el Mandato Constituyente 2 Artículo 8, párrafo segundo, y Art. 9 que detallo en los numerales 6 y 7 de esta demanda. Ya que la indemnización POR JUBILACIÓN POR MANDATO CONSTITUYENTE es de USD. 42.000,00” (SIC). Por ello, reclama, a su empleadora, el pago del monto fijo de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, conforme lo establece, según él, el Mandato Constituyente dos (2) y que se le “adeuda la suma de USD 14.000,00 a más” (sic). Ante estas afirmaciones corresponde a los juzgadores discernir sobre las pretensiones contenidas en la demanda por el actor y que, a su criterio, fueron incumplidas por la institución demandada, lo que ha motivado la presentación del recurso de casación. Señala la casacionista, en la demandada, lo que ha motivado la presentación del recurso de casación. Señala la casacionista, en la demanda presentada ante el juez, que “Mediante desahucio presentado por mi persona en la Inspectoría del Trabajo de

<sup>281</sup> ROCCO, Hugo. Tratado de Derecho Procesal. Tomo I. ED. EJE. Página 251.

Zamora y NOTIFICADO el 30 de noviembre del año 2008, dejé de prestar mis servicios lícitos y personales, en calidad de Cocinera, para la Dirección Provincial de Transporte y Obras Públicas y Comunicaciones), para acogerme a la jubilación Patronal y del IESS, por haber laborado más de 28 años en la Institución.” (sic). Con refulgencia, el actor expresa que su relación laboral, según el artículo 169 del Código del Trabajo, que no acarrea el pago de indemnizaciones, como erróneamente lo reclama el recurrente, pues, éste acto es voluntario del trabajador desahuciante, pues no implica afectación alguna a su derecho. La afirmación hecha contiene una pretensión que, al contrastarla con las disposiciones contenidas en el Mandato referido, deviene en equivocada, pues, como bien lo indica la recurrente, su relación laboral terminó por una figura legal distinta a la del despido intempestivo, cuya condición resulta determinante para que se aplique en su favor las indemnizaciones previstas en el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, varias veces aludido. **C) SITUACIÓN JURÍDICA DEL RECURRENTE.-** Contrariamente a lo expresado, la situación jurídica del impugnante se encuentra establecida en el primer inciso de la disposición señalada anteriormente, artículo 8 Mandato Constituyente No. 2. Pues, ella contempla hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos vitales cuyo valor es el techo máximo posible en que un trabajador, que se acoge a su jubilación, tendría derecho a recibir. El imperio de la ley es un axioma en el Estado de Derecho, a la que tienen que subordinarse todas las funciones estatales, encontrándose proscrita la arbitrariedad y los funcionarios públicos se hallan sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico para garantizar la Seguridad Jurídica de los ciudadanos. Es por ello que, para impedir la arbitraria discrecionalidad en la aplicación de la base o techo de las liquidaciones y/o bonificaciones constituyen instrumentos, nacidos de la voluntad de las partes, fijan los rubros a pagar dentro de los límites o parámetros determinados por el Mandato Constituyente N° 2, pues, “(...) el Mandato Constituyente no contiene

norma de expresa sustitución o de derogación alguna de disposiciones legales o de otra naturaleza sobre liquidaciones o indemnizaciones en la materia y, en virtud de la Primera Disposición Final del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea.”<sup>282</sup> Adicionalmente, sobre este respecto, la Corte Constitucional para el periodo de Transición también se ha pronunciado en los siguientes términos: “(...) los montos existentes a la fecha de emisión del Mandato N° 2 continuaban vigentes, no así los que superaban los límites máximos previstos en el mencionado instrumento, que se modificaron con los preceptuados en el primer inciso del artículo 8 del Mandato en referencia; consecuentemente, a la accionante no le correspondía percibir el máximo previsto en la referida norma.”<sup>283</sup> Ahora bien, por una parte, el Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) y la Federación Ecuatoriana de Trabajadores de Obras Públicas Fiscales (FETOPF), se suscribió el 4 de enero de 2007, cuya vigencia empezaba a discurrir desde el 11 de marzo de 2006 hasta el 11 de marzo de 2008. Por otra parte, con fechas 24 de enero y 12 de febrero de 2008, entran en vigencia los Mandatos Constituyentes N° 2 y 4, respectivamente. El Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo se suscribió el 16 de diciembre de 2008, debiendo aplicarse su vigencia de forma retroactiva, desde el 11 de marzo de 2008 hasta el 11 de marzo de 2010. Por otra parte, el trabajador recurrente, con fecha 30 de noviembre de 2008, en ejercicio de sus derechos previstos en los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo, notifica a su empleador la terminación de las relaciones laborales para acogerse al beneficio de su jubilación, concluyendo, de manera definitiva, la relación laboral el 30 de noviembre de 2008, según Acción de Personal que obra a fojas 131 de los autos. De la constatación cronológica se evidencia que, a la fecha de terminación de las relaciones laborales para acogerse al beneficio de su jubilación, concluyendo, de manera definitiva, la relación laboral el 30 de noviembre de 2008, en ejercicio de sus derechos previstos en los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo, notifica a su empleador la terminación de las relaciones laborales para acogerse al

<sup>282</sup> Sentencia N° 004-SAN-CC, caso N° 0069-09-AN, R.O, N° 70, de 25 de enero de 11, pág. 4.

<sup>283</sup> Sentencia N° 004-SAN-CC, caso N° 0069-09-AN, R.O, N° 70, de 25 de enero de 11, pág. 5.

beneficio de su jubilación, concluyendo, de manera definitiva, la relación laboral el 30 de noviembre de 2008, según Acción de Personal que obra a fojas 131 de los autos. De la constatación cronológica se evidencia que, a la fecha de terminación de la relación laboral, 30 de noviembre de 2008, se encontraba en vigencia prorrogada el Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, pues, el Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo se suscribió el 16 de diciembre de 2008, es decir, con posterioridad a la terminación de la relación laboral. Conforme lo señala la cláusula Primera, del referido instrumento contractual, éste ampara a los trabajadores que prestan sus servicios para el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO); en consecuencia, a la fecha de suscripción del Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, el recurrente había dejado de ser trabajador, pues su relación laboral terminó el 1 de diciembre de 2008, por lo que, la aplicación retroactiva del Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, surtía efectos sólo para aquellos que, a esa fecha, 16 de diciembre de 2008, tenían la condición de trabajadores; lo que implica que las condiciones pactadas en el Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, por regla general, no le son aplicables a los extrabajadores y, sólo, por excepción, cuando la misma disposición contractual así lo determina. Con este razonamiento, el actor recurrente, al momento de presentar su solicitud de desahucio, para acogerse a su jubilación, estuvo protegida por la cláusula Trigésima Cuarta del Décimo Cuarto Contrato Colectivo del Trabajo, mismo que se encontraba en vigencia prorrogada a la fecha de terminación de la relación laboral y que obligaba al Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) a la entrega de los siguientes valores: *“catorce mil (\$14.000) dólares a quienes hayan trabajado de 26 años en adelante y siendo tal valor el tope máximo por este concepto. Cuando el trabajador se acoja a la jubilación del IESS, el Ministerio le entregará la cantidad de once mil \$(11.000) dólares y, si fuera del caso, que haya cumplido veinte y tres años o más de servicio en el Ministerio, este recibirá únicamente el valor de jubilación patronal”*. Por último, hay que tener en cuenta que la vigencia del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo coincide con la vigencia del Mandato Constituyente N° 2 -aprobado el 24 de enero de 2008- y que, en su artículo 8, inciso 1, titulado

*“Liquidaciones e indemnizaciones”* señala que *“El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”*. También es menester indicar que, complementariamente, el artículo 225 de la Constitución de la República señala que: *“El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social”*. Es evidente que el Ministerio de Obras Públicas es una institución dependiente de la función ejecutiva, encontrándose inmerso en la antes referida norma constitucional. Finalmente, el artículo 8, del varias veces mencionado Mandato Constituyente No. 2, contempla la posibilidad de acogerse a la jubilación, por la vía de la renuncia voluntaria o retiro voluntario, de los funcionarios y servidores públicos. Según el artículo 229 de la Constitución vigente *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*. En esta disposición se encuentran comprendidos también las obreras y obreros del sector público, quienes se encuentran sujetos al Código del Trabajo. En consecuencia, el Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, aplicable al trabajador jubilado, estableció los parámetros bonificatorios para el caso del trabajador que se acogiera al beneficio de la jubilación patronal con sujeción a la condición prevista en el primer inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, pues ella contempla hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210). **QUINTO: DECISIÓN.**- La Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional, facultada como se encuentra para conocer y resolver las acciones constitucionales, dentro de acción extraordinaria de protección ha resuelto que *“los derechos*

*adquiridos son situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona; y que tanto nuestra actual Norma de Normas, vigente desde el mes de octubre del 2008, como la Constitución Política de la República, dictada en el año de 1998, contienen a la seguridad jurídica como uno de los pilares del Estado constitucional de derechos, y en la actualidad de justicia social, por lo que se garantiza el respeto de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales; ante lo cual una nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, u que resultan intangibles y seguras frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes*<sup>284</sup> Con estos razonamientos se colige lo siguiente: **5.1) SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRIMER INCISO DEL ART. 8 DEL MANDATO CONSTITUYENTE N° 2.-** Que el trabajador sí recibió los rubros que señalaban la cláusula Trigésima Cuarta del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) con sus trabajadores, en los términos señalados en el primer inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, por lo que no ha lugar el reclamo planteado por el recurrente. **5.2) SOBRE LOS DEMÁS RUBROS RECLAMADOS.-** Que, con respecto a la devolución de lo indebidamente retenido por concepto de Impuesto a la Renta, este tribunal considera que el artículo 2, en concordancia con el artículo 9, numeral 11, artículo

inmune de la Ley de Régimen Tributario interno señala que los ingresos que se encuentran exentos de tributación son los "los obtenidos por los trabajadores por concepto de bonificación de desahucio e indemnización por despido intempestivo, en la parte que no exceda a lo determinado por el Código de Trabajo. Toda bonificación e indemnización que sobrepase los valores determinados en el Código de Trabajo, aunque esté prevista en los contratos colectivos causará el impuesto al a renta" Con lo indicado, este Tribunal considera que la retención realizada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, fue en apego a las normas antes indicadas; por tal motivo no procede lo solicitado por el recurrente.- En lo que respecta al pago de la remuneración de los 15 (15) días posteriores a la notificación con el desahucio, más el recargo del artículo 94 del Código del Trabajo; y, la reliquidación de la Décima Tercera, Décima Cuarta Remuneración y Vacaciones, igualmente, este Tribunal ha evidenciado que de autos consta que a fojas 131 aparece la Acción de Personal con fecha 1 de diciembre de 2008, el acta de finiquito a fojas 113 y el "adendum" al Acta de Finiquito, de fojas 115, en la que se indica que se ha pagado los rubros reclamados por el recurrente. En consecuencia, por indebida y deficitaria fundamentación, este Tribunal de lo Laboral 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. Sin Costas. Notifíquese. Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, JUEZ NACIONAL; Dra. Mariana Yumbay Yallico, JUEZA NACIONAL; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, SECRETARIO RELATOR.

<sup>284</sup> Sentencia Corte Constitucional N° 039-11-SEP-CC-Noviembre 16 de 2011, R.O. Suplemento 743 de Julio 11 de 2012 caso Luis Wladimiro Andrade Manzillas vs Compañía Transoceánica Cía. Ltda.

**3.3.6. Juicio N° 1188-11****Asunto:** Despido Intempestivo**Juez Ponente:** Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-**

Quito, 27 de abril de 2012 las 15h00. **VISTOS:** En el juicio de trabajo seguido por Reynaldo Iván Fuentes Cárdenas en contra del Banco del Pichincha en la interpuesta persona del Econ. Fernando Pozo Crespo en su calidad de Gerente General y Representante Legal. La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil Inquilinato, Materias Residuales, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Machala dicta sentencia con fecha 15 de mayo de 2007, reformando la recurrida. **ANTECEDENTES:** Insatisfecho con la sentencia expedida por la Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato, Materias Residuales, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Machala, Fernando Pozo Crespo en su calidad de Gerente General y Representante Legal interpone recurso de casación, por lo que el proceso sube a la Corte Suprema de Justicia, con fecha 20 de Agosto de 2007, correspondiéndole por sorteo, conocer a la Primera Sala de lo Laboral y Social. Fundamento el recurrente su inconformidad en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, con fecha 20 de febrero de 2008, se acepta mediante auto el recurso interpuesto, el mismo que es admitido por las causales 1ra y 3ra. Y rechazado en cuanto a la causal 5ta. mediante resolución de 16 de junio de 2008 a las 8h35, la Sala resolvió aceptar en sentencia y casar el recurso interpuesto por el Banco del Pichincha, declarando la nulidad procesal incluida la demandada por incompetencia del juez del Trabajo. Ante tal el actor Reynaldo Iván Fuentes Cárdenas con fecha 20 de agosto de 2009, interpone Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, para que esta disponga la reparación integral de sus irrenunciables e intangibles, los que fueron extinguidos y desamparados por la sentencia emitida por los Jueces de la Primera Sala de Corte Suprema de Justicia, y se deje sin efecto dicha resolución. Con fecha 24 de febrero de 2010, la Corte Constitucional avoca conocimiento de la causa, y la Sala de Admisión, mediante providencia emitida el 25 de enero de 2010 y notificada el 27 del mismo mes y año, admite la acción jurisdiccional presentada y en

virtud del sorteo de ley, le correspondió conocer a la Primera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, la que con fecha 01 de septiembre de 2011, y, en mérito de lo expuesto, declara la vulneración de los derechos consagrados en los numerales 1 y 7 del literal l) del Art. 76 de la Constitución vigente, aceptando la acción extraordinaria de protección planteada por el Ing. Reynaldo Iván Fuentes Cárdenas, en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, dejándola sin efecto y disponiendo que el proceso se retrotraiga al momento procesal en que se vulneraron los derechos constitucionales, por lo que se dispone sustanciar bajo los criterios vertidos en la sentencia No. 018-11-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional para el período de transición, el recurso de casación propuesto por el representante legal del Banco del Pichincha, Econ. Fernando Pozo Crespo: con estos antecedentes el proceso retorna a la Corte Nacional de Justicia, con fecha 28 de octubre de 2011 para que sea sustanciado de conformidad con la sentencia constitucional, antes referida. Con fecha 08 de Noviembre de 2011, la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia de transición avoca conocimiento. El 26 de enero de 2012, el Consejo de la Judicatura de transición posesiona a las Juezas y Jueces Nacionales y el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero de 2012, conforman sus ocho Salas Especializadas, como lo dispone el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 183. El 9 de marzo de 2012 resorteada que fuera la causa correspondiéndole su conocimiento al Tribunal integrado por los doctores Jhonny Ayluardo Salcedo, Gladys Terán Sierra y José Suing Nagua. Con fecha 12 de marzo de 2012, de conformidad al Art. 183 del Código Orgánico de la función judicial avocamos conocimiento de la presente causa, cuya ponencia le correspondió al doctor Johnny Ayluardo Salcedo. Posteriormente, de conformidad con la resolución N° 04-2012 de 28 de marzo de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y, luego del resorteo respectivo, correspondió su conocimiento a los señores doctores Gladys Terán Sierra, Mariana

Yumbay Yallico y Jhonny Ayluardo Salcedo, y que, para decidir, este Tribunal considera que de es de esencia del Estado constitucional la aplicación del derecho por “*principios*”, en este caso los peculiares principios del Derecho del Trabajo, y, sobre este respecto el tratadista Gustavo Zagrebelsky manifiesta: “(...) *sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas aunque están escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan (...)* Si el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y la justicia son prevalentemente principios (...). Distinguir los principios de las reglas significa, por tanto, distinguir, en líneas generales, la Constitución de la ley”<sup>285</sup> El principio general del de derecho, señalan Diez Picazo y Bullón “*no es estático ni permanente, responde a la ideología social y es la penetración de tal ideología, de los valores predominante en la sociedad en el ordenamiento jurídico.*”<sup>286</sup> La Constitución de Montecristi declara, manifiestamente, en su Preámbulo la decisión del pueblo soberano del Ecuador de construir una nueva forma de convivencia ciudadana, que respeta, en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades. Esa Declaración se funda también en el deber primordial del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución. **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Código del Trabajo, y Ley de Casación; y, atendiendo el resorteo de ley efectuado, cuya razón obra de fs. 9 del cuaderno de este nivel. **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurrente en su libelo de casación manifiesta que en la sentencia se han infringido las siguientes normas: Arts.

23.26 y 23.27; 24.17; y 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Arts. 36, 111, 113, 179, 192, 308 y 593 del Código del Trabajo; Arts. 564 y 570 del Código Civil; Arts. 269, 270, 279, 324, 325 y 326 del Código de Procedimiento Civil; y Arts. 6, 67 y 69.2 de la Ley de Compañías. Funda su recurso en las causales 1ra. 3ra y 5ta del Art. 3 de la Ley de Casación; contrae su recurso a los siguientes puntos: Agrega el actor en la sentencia que ataca **1)** Falta de aplicación del Art. 69.2 del Código de Procedimiento Civil, al no aplicar el juzgador de instancia se dejó en indefensión a la parte demandada. **2)** Errónea interpretación del Art. 36 del Código del Trabajo, al reconocerle el juzgador de instancia al accionante estar amparado por el Código del Trabajo, al reconocerle el juzgador de instancia al accionante estar amparado por el Código del Trabajo, a pesar de que este venía desempeñando desde el año 1996 el cargo y las funciones de Gerente General del Banco del Pichincha, Sucursal Machala y ostentando la representación legal de la entidad bancaria en dicha plaza, por lo que se ha dejado de aplicar el Art. 308 del Código del Trabajo. **3)** Aplicación indebida del Art. 192 del Código de Trabajo y la indebida aplicación del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no se ha hecho, por parte de los juzgadores, una adecuada valoración de la prueba al reconocer que ha existido despido intempestivo del actor al comunicarle su traslado como Gerente General del banco de la ciudad de Machala a la ciudad de Babahoyo, traslado que no llegó a producirse, de manera que no se ha configurado tal despido, por lo que este se constituye en un acto real el que debe producirse en un momento y lugar determinado el mismo que debe probarse en forma plena. **4)** Aplicación indebida del Art. 593 del Código de Trabajo al no valorar las pruebas aportadas dándole pleno valor al juramento deferido, el mismo que constituye prueba cuando no existió de autos otra prueba que demuestre sus ingresos, por lo que del proceso consta la copia certificada del estado de cuenta del actor la que constituye prueba instrumental. **TERCERO: MOTIVACIÓN.-** La doctrina explica que: “(...) *La motivación de derecho involucra en toda sentencia, se relaciona*

<sup>285</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Biblioteca Einaudi Torino, pág. 147

<sup>286</sup> DIEZ PICAZO, Luis y BULLON, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tercera Edición, Madrid, Editorial TECNOS, Pág. 184.

con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes, a los hechos establecidos en la causa, con base en las pruebas aportadas por las partes. Por lo tanto, lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez es, precisamente aquel trabajando de 'subsunción' de los hechos alegados y aprobados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevea, a través del enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la prevención abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Tal enlace lógico entre los hechos que el juez ha establecido como resultado del examen de las pruebas y las previsiones abstractas de la ley, se resuelve en lo que Satto llamó 'valoración jurídica del hecho', esto es, la trascendencia que jurisdiccionalmente se atribuye al hecho, para justificar el dispositivo de la decisión y a este respecto, es clara la obligación que tiene el juez de expresar en su fallo las consideraciones demostrativas de aquélla valoración y justificativa del partido que toma el juez al aplicar los preceptos legales correspondientes, como única vía para que el fallo demuestre aquél enlace lógico hecho-norma que viene a ser el punto crucial de la motivación en la cuestión de derecho; pues a través del examen de esas consideraciones, es como podrá efectuarse la determinación de si el juez erró o acertó en la aplicación de la ley"<sup>287</sup> "Entendida así, es en la motivación de la cuestión de derecho donde se encuentra virtualmente reconducida la parte más excelsa y delicada de la actividad decisoria del juez, pues al fin y al cabo el objetivo final de la jurisdicción es la declaración del derecho, que bajo el principio de la legalidad explica y al mismo tiempo condiciona la actividad del juez. Por ello la falta de motivación de la cuestión de derecho, constituye un vicio, quizás institucionalmente el más grave, en el que el órgano jurisdiccional puede incurrir (...)"<sup>288</sup>. Conforme el mandato contenido en el At. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian la norma o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antece-

dentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de lo laboral fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **CUARTO: ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI:** 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, porque 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"<sup>289</sup> Consecuentemente el recurso de casación no es una tercera instancia; consiste en atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios del fondo o forma de los que pueda adolecer; proceso que e 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 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. De los argumentos del recurrente, a fin de dilucidar si la impugnación a la sentencia posee sustento jurídico, este Tribunal procede a confrontarla con los cargos formulados en su contra y en relación con la normativa legal citada y los recaudos procesales, y en atención a ello se observa que estos se subsumen en la causal 1ra. y 3ra. Del artículo 3 de la Ley de Casación. La causal primera procede por: La inexistencia, en el fallo, de una correcta

<sup>287</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación N° 00175-250403-00559-00492

<sup>288</sup> Leopoldo Márquez Áñez. Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana. Pág. 40

<sup>289</sup> MURCIA BALLÉN, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Bogotá-2005. P71.

subsunción del hecho en la norma; es decir, “no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador”. Afirmación que el recurrente ha fundamentado. La causal tercera trata de los errores in iudicando o la violación directa de la ley, que se produce cuando el juzgador aplica en forma indebida, no aplica, o realiza una interpretación errada de las normas jurídicas expresas que regulan la valoración de la prueba. No siendo suficiente la acusación de ese error, sino que además, este haya servido de medio para que en la sentencia se produzca violación indirecta de una norma sustantiva; situación que en ningún caso, salvo ciertas circunstancias, permite en casación revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia recurrida, pues esta labor pertenece en forma exclusiva al tribunal de instancia. **1)** El recurrente afirma que como el actor desempeño funciones de gerente, esto es, desde septiembre de 1996 hasta agosto de 2005, tiempo en el que estuvo vinculado al banco, considera que al tenor de lo dispuesto en los Arts. 36 y 308 del Código del Trabajo vigente, la sentencia no podía atribuirle la calidad de trabajador durante este lapso. Al deliberar el carácter que vincula a las partes durante el tiempo en el que el accionado desempeño las funciones como gerente, el casacionista sostiene que el banco le otorgó la representación legal, judicial y extrajudicial al nombrarlo gerente general de la sucursal en la ciudad de Machala, como consta a fojas 20 y 23 vuelta, documentos en los que el accionado ejerce su capacidad de disposición al otorgar créditos en favor de los clientes, facultad que no está acreditada para que la ejerza cualquier empleado del banco, sino sólo aquel que tiene la condición de mandatario. Por lo que existe incompatibilidad con las obligaciones establecidas en los Arts. 564 y 570 del Código Civil, así como del Art. 6 de la Ley de Compañías, debido a la representación legal y la situación de dependencia, considerada requisito constitutivo de toda relación laboral que establece el Art. 8 del Código del Trabajo, de lo que concluye, a criterio de la parte recurrente, que la relación entre el Ing. Reynaldo Iván Fuentes Cárdenas y el Banco Pichincha era de carácter

civil y no laboral. De la revisión del reglamento interno del banco, consta en sus Arts. 1 y 2 su orden jerárquico y su estructura, que parte desde el directorio, que es quien administra, imparte las órdenes y fija las políticas. El art. 6 del mismo reglamento interno, determina que será el gerente general quien ejerza la dirección, representación legal y administración, de la referida institución bancaria, otorgándole a éste amplias facultades. Al respecto, es oportuno señalar que el cargo de gerente general de la empresa demandable otorga a este todos los actos de administración que el ejercicio de dicha alta función comporta; consecuentemente es obvio que el gerente general de una entidad, como bien lo dice Guillermo Cabanellas, es “quien dirige con arreglo a los estatutos o poderes otorgados los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento”<sup>290</sup>. El poder que ostenta el gerente general es de carácter especial, dedicado a la representación legal de la empresa y el ejercicio de tal función se caracteriza por una clara dependencia al Directorio. De lo que se colige que la figura del gerente general no puede desdoblarse y ser en un momento representante y gestor de los intereses del patrono o empresario y, en otro momento, convertirse en trabajador para recurrir a pretensiones contra aquel. Dentro de las facultades del gerente general está tener a su cargo la marcha general de la negociación, con facultad para celebrar los actos de administración, y por regla general, lo de dominio necesarios o convenientes para el éxito de la negociación, por lo que no existe subordinación ni tampoco dependencia laboral, por lo que en este ejercicio, se denota la inexistencia de los elementos esenciales de la relación laboral la del empleador. El Art. 314 del Código del Trabajo dispone: “Mandatario o empleado.- Cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común. Más si el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado.”<sup>291</sup> De conformidad con la norma antes citada se colige que una persona podrá ejercer las funciones de representación legal siempre que tenga poder

<sup>290</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, página 171.

<sup>291</sup> JURISPRUDENCIA: RELACIÓN LABORAL, Gaceta Judicial 13, 1951. MANDATARIO Y CONTRATISTA, Gaceta Judicial 7, 1964.

general para representar y obligar dentro y fuera de la empresa, siendo aquél el que ejerza y sea el responsable de todos los asuntos y negocios relacionados con la empresa. Por otra parte el Código Civil en su Art. 2034 define que Poder consiste en: *Si el mandato comprende uno o más excepciones determinadas (...)*; y, el Art. 2020, *ibídem*, señala que *“Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.(...)”* denominándose mandante a *“(...) la persona que confiere el encargo y mandatario a la que lo acepta; por tanto las relaciones entre la empresa y el mandatario se rigen por el derecho civil”*; El Dr. Juan Larrea Holguín en su libro Derecho Civil del Ecuador dice que: *“El Factor, según lo dispone el artículo 117 del Código de Comercio” es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño (...)* se indica que los factores pueden tener *“poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomienda”* (Art. 120), de donde aparece, claramente, que hay dos clases de factores: unos que son mandatarios y otros que son simplemente empleados que prestan sus servicios”<sup>292</sup>. La parte demandada al cuestionar el carácter laboral del actor, quien bajo la denominación de gerente, ha ejercido funciones atinentes al régimen interno de la empresa, según el inciso segundo del Art. 308 del Código del Trabajo, que establece, que cuando el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado. Los gerentes departamentales, sucursales y financieros están en relación de subordinación a la compañía, en la persona concreta del representante legal, a pesar de ostentar el cargo de gerentes, y el estar en una relación de confianza e identidad no representan legalmente a la compañía. Todo cuanto acaba de señalarse, indica, de manera inequívoca, que la relación jurídica existente entre los litigantes fue de carácter laboral por lo que se considera que el accionante, si bien ejerció el cargo de gerente de la sucursal en la ciudad de Machala, no es menos cierto que no fue factor o mandatario con poder general para representar y obligar a la empresa. Los ge-

rentes de agencias, departamentales, financieros están subordinados a la compañía, sólo tienen representación a nivel departamental, provincial, regional y por ende sólo representan en un determinado lugar, no es un ejecutor ni tampoco participa en las decisiones del Directorio, situación que los torna dependientes, no siendo el caso del gerente general o representante legal *“con atribuciones de representación legal que debe reportarse semanal o mensualmente a un Directorio que aconseja y fija la política de la compañía”*. La relación del gerente de agencia de sucursal viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, mas no por la naturaleza del vínculo que lo une con la sociedad. La relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo cuando el desempeño de las tareas responda a ostentar la condición de administrador, representante jurídico, representante del directorio; será laboral cuando la actividad sea desempeñada por un tercero, dicha relación entre éste y la sociedad es de carácter interno, funciones que están vinculadas a la empresa mediante relación laboral de carácter especial denominados como trabajadores de alta dirección. El trabajo que realiza el gerente, el intermediario, el trabajador del hogar, el agente de comercio, el artista, el escritor de prensa, el técnico, el transportista, el pasante, el profesional, etc., deberán estar considerados dentro de las relaciones laborales de carácter especial, para los cuales se establece regímenes especiales dentro de la propia legislación laboral, por las características de sus actividades profesiones determinadas por su naturaleza y sus peculiares condiciones dentro de los procesos productivos. De lo anterior se concluye que el fundamento invocado por el casacionista resulta contrario a lo previsto en el numeral segundo del Art. 308 del Código del Trabajo como se puede constatar del pronunciamiento hecho por la Segunda Sala de lo Laboral<sup>293</sup>. Por otro lado corrobora esta hipótesis el criterio que sobre los gerentes departamentales, señala el Dr. Mera Giler quien dice que *“estos están en relación de subordinación a la compañía, en la persona concreta del representante legal. A pesar de ostentar el cargo del Gerentes, y estar en una relación de confianza e identidad corporativa y económica con la compañía, están*

<sup>292</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, Tercera Edición Quito, 2003, Pág. 330.

<sup>293</sup> Sentencia N° 313-95, Segunda Sala de lo Laboral, R.O. 96, 27-VI-1997.

*subordinadas a ella: en última instancia, sus decisiones diarias siempre pueden ser alternadas u sus procedimientos cuestionados, por lo tanto, trabajadores de la compañía, trabajadores de alto rango, pero trabajadores al fin. No tienen facultad de oponerse a las decisiones de su superior, atribución que sí tiene el representante legal. Deben, en última instancia, obedecer y su voluntad e iniciativa pueden ser sustituidas por la de su empleador. Inclusive pueden sus superiores, en ocasiones, ejercer control sobre su asistencia y su puntualidad al trabajo*<sup>294</sup>. **2.-** Aplicación indebida del Art. 192 del Código del Trabajo y la indebida aplicación del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no se ha hecho por parte de los juzgadores una adecuada valoración de la prueba al reconocer que ha existido despido intempestivo del accionante. En cuanto a la apreciación de la prueba sobre el despido intempestivo, el Juez de instancia y la Sala de Apelación consideraron que el hecho se encontraba suficientemente acreditado, pues el despido intempestivo debe ser probado fehaciente y circunstancialmente y que, como es un hecho objetivo y cierto que ocurre bajo determinadas condiciones contempladas en la ley, no se puede llegar a la conclusión que existió tal despido a través de deducciones o conclusiones simplificadas. El recurrente se encontraba legalmente cumpliendo sus funciones como gerente de la sucursal Machala, las mismas que fueron interrumpidas (ipso jure) al notificarle con el traslado a la agencia Babahoyo sin contemplar sus condiciones familiares y sobre todo de salud, produciéndose así el despido intempestivo por el que reclama el recurrente, es preciso dejar establecido que el Art. 12 del Reglamento Interno del Banco del Pichincha dice: *“El banco podrá en cualquier tiempo, modificar la distribución de labores entre el personal, tomando en cuenta su rendimiento y las necesidades del Banco. Podrá realizar las movilizaciones de puestos dentro de las oficinas manteniendo la categoría que tenga el empleado en el subsistema de Descripción, Clasificación y Valoración de Cargos y sin que esto pueda ser considerado como cambio de ocupación”* por lo que tal remoción debió efectuarse observando las disposiciones es-

tablecidas por el Código del Trabajo para la terminación de las relaciones laborales, en caso contrario se produce, como en la especie, el despido intempestivo del trabajador. De lo anteriormente señalado se observa que no hubo infracción de las normas de derecho indicadas en el escrito de interposición del recurso ni ninguna de las circunstancias contempladas en las causales antes invocadas con esta oportunidad de manera que en este punto no hay fundamento para casar la sentencia. **3)** Agrega el demandado, que en la sentencia que ataca existe aplicación indebida del Art. 593 del Código del Trabajo, sobre este respecto el Tribunal de instancia no ha valorado todas las pruebas aportadas por el recurrente dándole pleno valor al juramento deferido. De autos no existe prueba de mejor derecho, debe acogerse el juramento deferido del trabajador, de esta diligencia se infiere las remuneraciones para el cómputo de las indemnizaciones mandadas a pagar se tomarán en consideración los salarios percibidos por el trabajador durante el tiempo que existió la relación laboral, tomando en consideración las cantidades constantes en los roles de pago; y, a falta de los mismos por las remuneraciones consignadas en el juramento deferido. *“juramento deferido solamente puede ser rendido por el trabajador y surte efectos probatorios solo en el caso de que en el proceso no aparezca otra prueba capaz y suficiente para comprobar el tiempo de servicios y la remuneración percibida. Si el empleador no cuenta con un contrato de trabajo o no lleva roles de pago o comprobantes que lo acrediten el juramento deferido adquiere una peculiar importancia a favor del trabajador. Considera que el juez debe cerciorarse de que en el proceso no existan otras pruebas en lo atinente al tiempo de servicios y remuneración percibida. Si el empleador no cuenta con un contrato de trabajo o no lleva roles de pago o comprobantes que lo acrediten, el juramento deferido adquiere una peculiar importancia a favor del trabajador. Considera que el juez debe cerciorarse de que en el proceso no existan otras pruebas en lo atinente al tiempo de servicios y remuneración percibida, a fin de otorgar pleno valor al juramento deferido”*<sup>295</sup> Por lo que no le corresponde al Tribunal de

<sup>294</sup> MERA GILER, Alexis, *Relaciones de Trabajo Especiales*.

<sup>295</sup> PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés: *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*, p.100

casación hacer una nueva valoración de las pruebas por las diferencias de criterio entre los contendientes. **QUINTO: DECISIÓN:** Para el profesor Uruguayo Américo Plá Rodríguez, en su obra: *“Los principios del Derecho del Trabajo” respecto al principio protector del derecho laboral señala que el juez, en el cumplimiento de su función de administrar justicia, le corresponde entre otros aspectos el de establecer criterios de interpretación del texto de la norma jurídica laboral, o con respecto a la aplicación de ella cuando en un ordenamiento jurídico existen dos normas con aptitud que pueden ser aplicadas al caso, así como en las denominadas lagunas jurídicas, ya sea para averiguar la que tiene valor normativo o para desentrañar su recto sentido en relación al asunto que el juzgador se halle conociendo y la postura que debe adoptar al momento de tomar sus decisiones en el ámbito jurisdiccional laboral*”. En tal sentido y con el propósito de cumplir con el indispensable principio de control de la legalidad, éste Tribunal *Ad quem* con las acusaciones que contra ella realiza el actor, confrontación de la que se concluye lo siguiente: **a)** examinadas las constancias procesales éste Tribunal considera que la relación jurídica entre los demandantes estuvo sometida al Código del Trabajo toda vez que el accionado no ejerció a nombre de su principal funciones de dirección, administración ni representación legal ya que es un imposible jurídico estar de manera simultánea, ejerciendo la condición de representante legal de la empresa y sometido a la vez a su autoridad y subordinación, a este irregular proceder han ocurrido generalmente los personeros de las Personas Jurídicas y aún

personas naturales, para “defender” de esta forma, de manera ilegítima los “intereses” de aquellas, por lo que del examen del caso *sub júdice* se advierte sin esfuerzo que la parte empleadora acudió a este irregular arbitrio, lesionando los principios de verdad, lealtad laboral y perjudicando en consecuencia al trabajador, parte débil de esta relación jurídica. **b)** De autos consta, ora con la prueba documental aportada, ora con su juramento deferido, que el trabajador se encontraba amparado por las normas que regulan la relación laboral contenidas en el Código del Trabajo más aun cuando las obligaciones representativas que ejerció respondían a la propia naturaleza del giro del negocio propias de la actividad bancaria. Por las consideraciones que anteceden y en los términos constantes en este fallo, este Tribunal de lo Laboral 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**, rechaza el recurso de casación presentado por la parte demandada y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. Sin costas ni honorarios. Por licencia de la Dra. Gladis Terán Sierra, actúe la Doctora Aída Palacios Coronel, en calidad de Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el oficio N° 368-SG-GNC-2012 del 29 de marzo de 2012. Notifíquese y devuélvase. Dr. Jhonny Ayluardo Salcedo JUEZ NACIONAL; Dra. Mariana Yumbay Yallico, JUEZA NACIONAL; Dra. Aída Palacios Coronel, CONJUEZA NACIONAL. Certifico Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, SECRETARIO RELATOR.

### 3.4. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### 3.4.1. Juicio Nº 84-2012

**Asunto:** Legalidad de Acto Administrativo impugnado.

**Juez Ponente:** Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-** Quito, a 20 de junio de 2012.- Las 10h30.- **VISTOS:** En virtud de que la Jueza y los Jueces Nacionales que suscribimos esta sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución Nº 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones Nº 1-2012 de 30 de enero de 2012, y Nº 4-2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó, para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. En la tramitación de esta causa se han observado todas las solemnidades inherentes, por lo que se declara la validez procesal. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** El 23 de junio de 2010, 14h30, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, emitió sentencia y resolvió aceptar la demanda presentada por AGIP ECUADOR S.A, (ahora denominada ENI ECUADOR S.A.), y por ende declarar ilegal el acto administrativo impugnado, esto es la resolución número "SAD 3834-06, 4181-06", dentro del expediente administrativo Nº 137-2006 EA, dictada por el Director Nacional de Hidrocarburos el 2 de marzo de 2006, en la cual se impuso a la compañía demandante la multa de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América, porque la empresa comercializadora

mencionada, en la planta envasadora Pifo no realizó la prueba de estanqueidad a los cilindros envasados con GLP. **SEGUNDO.- 2.1.-** Mediante auto de admisibilidad de 28 de junio de 2011, 16h45, esta Sala aceptó los dos recursos de casación interpuestos: El primero por el Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado (en adelante PGE); y, el segundo, interpuesto por el Coordinador Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, y delegado del Procurador General del Estado (en adelante el Ministerio) **2.2.-** El recurso de casación propuesto por la PGE fue admitido por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; mientras que el recurso de casación propuesto por el Ministerio fue admitido únicamente por la causal primera del artículo 3 de la referida Ley de Casación. Por tanto, este Tribunal analizará primeramente la causal primera; para finalmente analizar la causal cuarta, si procede. **Tercero.- 3.1.-** Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esta se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el *error in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación" (se deja de aplicar normas que necesariamente debía ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma

aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. **3.2.-** La falta de aplicación consistiría, por tanto, en “un error de existencia”; la aplicación indebida entrañaría “un error de selección”; y, la errónea interpretación equivale a “error del verdadero sentido de la norma”. Las tres circunstancias de la causal primera de la Ley de Casación, evidentemente, no podrían producirse simultáneamente respecto a una misma norma legal. **CUATRO.- 4.1.-** Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, la argumentación que dan la PGE y el Ministerio respecto a sus motivos para alegar la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en supuestos errores sobre juicios de derecho, este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si este fuese un recurso de tercera instancia, sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde en principio no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, respetando en todo caso, los hechos que se establecieron en el fallo recurrido; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina, ante todo con un matiz acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir, por una parte, que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y lograr, por otra manera, mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social. **4.2.-** Esto obliga a este Tribunal, dentro de una correcta técnica de casación, a fijar cuál es realmente el *tema decissum*, ¿cuál es la importancia de lo aquí tratado, que justifique que el tema deba ser tratado mediante el recurso extraordinario de casación?

Analizada la sentencia impugnada dictada el 23 de junio de 2010, 14h30, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.1 con sede en la ciudad de Quito, se desprende que lo que en ella se está afirmando es nada más y nada menos: **que la facultad reglamentaria sólo puede ser ejercida por el Presidente de la República; que esta facultad administrativa no puede de forma alguna ser delegada; y, por tanto, cualquier acto administrativo que tenga como origen el ejercicio de la facultad reglamentaria, que no haya sido ejercida por el Presidente de la República “en persona” (sin posibilidad de delegar), devendría el ilegal y debería ser anulado.** Este Tribunal de Casación se pregunta: ¿podría un estado moderno del siglo XXI funcionar así? Desplegar toda su enorme actividad administrativa requerida, en función de solucionar los enormes y complicadísimos problemas de un estado mental, en aras de alcanzar el bien común? No, no podría, si cada acto normativo ministerial tendría que ser refrendado por el propio Presidente de la República sin posibilidad de delegación, es decir que aparte de ser Presidente de la República, tendría que también ser -y ejercer- las facultades administrativas de todos los Ministerios de Estado; se concentraría, bajo ese criterio, el despacho efectivo y diario de toda la organización ministerial en el hombre o mujer que ejerza en ese momento dado tan alta dignidad. Ello no sólo deviene en un absurdo, sino en una gestión administrativa de los Ministerios a su cargo (para lo cual, precisamente expiden acuerdos ministeriales son carácter general), sin necesidad de autorización alguna del Presidente o Presidenta de la República, salvo en los casos expresamente señalados en las leyes, como sería precisamente el caso particular de la facultad reglamentaria con relación a las leyes. Así por ejemplo, nos enseña la autorizada y más actualizada doctrina del profesor Rodríguez R. Libardo, quien manifiesta: “Las funciones administrativas de los ministros también podemos agruparlas en cuatro principales: dirigir el ministerio; **colaborar en el ejercicio de la potestad reglamentaria**; ejercer el poder jerárquico al interior del ministerio; y ejercer el control de tutela en el sector administrativo correspondiente... b) *Colaborar en el ejercicio de la potestad reglamentaria.* Podemos recordar nuevamente que la potestad reglamentaria consiste en la facultad que tienen algunas

autoridades administrativas para dictar normas de carácter general. Recordemos también que el presidente de la república, como suprema autoridad administrativa, es quien tiene de manera principal esta potestad. Pero los ministros colaboran en el ejercicio de este poder de diversas maneras:... En tercer lugar, **los ministros tienen un poder reglamentario propio para la organización de los servicios que dirigen**, según la atribución otorgada por el ordinal 9 del artículo 75 del Código de Régimen Político y Municipal. Finalmente los ministros pueden tener en algunos casos un poder reglamentario especial dado por la ley para ciertas materias.”. *“Derecho Administrativo”, 17 edición [1 ed., de 1981], Edit. Temis, Colombia, 2011, pág. 103.* **4.3.- Es por ello, que este Tribunal de Casación no puede aceptar como válido lo dicho en la sentencia de instancia, de que:** *“Como queda explicado entonces, la facultad reglamentaria no puede ser ejercida por los Ministros del Estado, que en su conjunto pertenecen a la Función Ejecutiva, y que aparte de no poseer esta facultad no poseen capacidad jurídica propia, motivo por el cual y frente a esta incapacidad legal, el Procurador General del Estado, de conformidad con el literal b) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, necesitan ser representados por esta Entidad. La facultad reglamentaria, entonces, es exclusiva del Presidente de la República, la cual no puede ser delegada bajo el principio delegata potestas non delegatur y del principio constitucional de la división de las funciones del Estado, ya que al dictarlas el Ejecutivo anexa a sus funciones propias de sí, también las otras privativas de la función legislativa. De lo anotado y del espíritu del artículo 77 de la Ley Hidrocarburos que expresamente determina que la infracción a la Ley de Hidrocarburos de doscientos a tres mil dólares estadounidenses, se concluye que es imposible cumplir con el reglamento a que se refiere la citada Ley, ya que aquel, jurídica y procesalmente no existe, por lo que, resulta inaplicable al caso de análisis... Esta Sala comparte el criterio que la facultad de dictar reglamentos es exclusiva del Presidente de la República por tanto el Acuerdo Ministerial No. 116, al haber sido dictado por el Ministro de Energía y Minas no tiene la calidad de reglamento, y por tanto mal puede ser usado como tal y peor aún como base para imponer sanciones. Por las consideraciones expuestas, sin que sea nece-*

*sario la formulación de otras, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **acepta la demanda y declara ilegal el acto impugnado, dejándose sin efecto la multa impuesta en contra de la actora.**”* (el subrayado es nuestro). **4.4.-** *La sentencia impugnada incurre en una seria falla conceptual de derecho sustancial, esto es no percatarse que un “reglamento es solo “una clase” de acto normativo, y que por lo tanto hay otros actos normativos que pueden producir perfectamente efectos generales sin ser reglamentos, por ejemplo, cabalmente, “los acuerdos ministeriales”.* Es decir, todos los reglamentos son actos normativos, pero no todos los actos normativos son reglamentos. **4.5.-** Indudablemente sólo el Presidente o Presidenta de la República tiene la potestad de “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes”, eso está fuera de duda, y es un tema que ni remotamente aquí se está tratando; empero, las juezas y juez distrital en la sentencia impugnada pretenden aplicar tal principio a los acuerdos ministeriales, manteniendo en el presente caso que la resolución “SAD 3834-06, 4181-06” dictada dentro del expediente administrativo N° 137-2006 EA, por el Director Nacional de Hidrocarburos el 2 de marzo de 2006, por la cual se impune la multa de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América, es ilegal pues se determinó que la planta envasadora Pífo de la compañía AGIP ECUADOR S.A. no se realizó la prueba de estanqueidad a todos los cilindros porque tal resolución sancionatoria está amparada en el Acuerdo Ministerial No. 116, publicado en el Registro Oficial N° 313, de 8 de mayo de 1998, que contiene el Reglamento Técnico para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, mismo que supuestamente no existe (*dice la sentencia que “es imposible cumplir con el reglamento a que se refiere la citada Ley, ya que aquel, jurídica y procesalmente no existe”*) al no haber sido expedido por el Presidente de la República en persona. **4.6.-** Con razón argumenta el Ministerio que si bien el Artículo 171 de la Constitución Política de la República, vigente a la fecha de la infracción, ordenaba: “Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: (...) numeral 5.- “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin

contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”; esta disposición no puede, ni debe aplicarse al caso del Reglamento Técnico para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado a través del Acuerdo Ministerial No. 116 publicado en el Registro Oficial N° 313 del 08 de mayo de 1998, porque se trata de procedimiento de una parte puntual y específica de una de las tantas actividades que prevé la Ley de Hidrocarburos, que en su artículo 9 vigente a la fecha de la infracción, dispone: “El Ministro del Ramo es el funcionario encargado de la ejecución de la política de hidrocarburos aprobados por el Presidente de la República, así como de la aplicación de la Presente Ley para lo cual está facultado para dictar los reglamentos y disposiciones que se requieran”. De la citada disposición se desprende con claridad absoluta, que el Ministro de Energía y Minas hoy de Recursos Naturales No Renovables, tuvo y tiene la atribución para dictar los reglamentos y disposiciones que se requieran en el cumplimiento de su gestión, por cuanto dicha atribución nace de la Ley de Hidrocarburos, de tal manera, el Reglamento Técnico para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, es legal apegado a derecho y goza de plena legalidad; razón por la que no puede mal entenderse, que se está reglamentando una Ley; con lo que la expedición del Reglamento en referencia no solo tiene fundamento legal sino también expresa autorización de la Ley de Hidrocarburos. **4.7.- Y tienen también razón la PGE cuando sostiene que el Tribunal de Instancia con su sentencia dejó de aplicar el Art.9 de la Ley de Hidrocarburos:** “Art. 9.- El Ministro del Ramo es el funcionario encargado de la ejecución de la política de hidrocarburos aprobados por el Presidente de la República, así como de la aplicación de la presente Ley para lo cual está facultado para dictar los reglamentos y disposiciones que se requieran, y a organizar en su Ministerio los Departamentos Técnicos y Administrativos que fueren necesarios y proveerlos de los elementos adecuados para desempeñar sus funciones. La industria petrolera es una actividad altamente especializada, por lo que será normada por el Ministro del Ramo. Esta normatividad comprenderá lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus

derivados, en el ámbito de su competencia. Para los propósitos de este artículo el ministro del ramo fijará los derechos por los servicios de regulación y control que prestan sus dependencias. Los recursos que se generen por estos derechos y por las multas impuestas conforme a los artículos 77 y 78 de esta ley serán recibidos y administrados directamente por el ministerio del ramo sobre la base del registro que se haga de ellos en el Ministerio de Economía y Finanzas, como parte del presupuesto institucional aprobado”, (lo subrayado nos pertenece). La norma legal invocada, en concordancia con el artículo 74 inciso tercero de la Constitución Política de la República de 1998, vigente al 8 de mayo de 1998 cuando se emitió el Reglamento Técnico de Comercialización de Gas Licuado, faculta al Ministro de Energía y Minas para emitir ese tipo de normativa, de manera que constituye un acto legal emitido por autoridad competente. Sin embargo la consideración sexta de la sentencia, parte final, sin considerar el mencionado ordenamiento constitucional y legal, concluye que: “...la facultad de dictar reglamentos es exclusiva del Presidente de la República, por tanto el Acuerdo Ministerial No. 116, al haber sido dictado por el Ministro de Energía y Minas no tiene la calidad de reglamento...”. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más consideraciones, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: 1) Acepta el recurso de casación interpuesto** por el Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, con relación a la causa primera del artículo 3 de la ley de Casación, **y por tanto casa la sentencia impugnada de 23 de junio de 2010, 14h30, de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con sede en la ciudad de Quito**, que resolvió aceptar la demanda presentada por AGIP ECUADOR S.A, (ahora denominada ENI ECUADOR S.A.). **2) En consecuencia, y conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, se declara legal el acto administrativo impugnado, eso es la resolución número “SAD 3834-06, 4181-06”, dentro del expediente administrativo N° 137-2006 EA, dictada por el Director Nacional de Hidrocarburos el 2 de marzo de 2006.** Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dra.

Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL; Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL. Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, SECRETARIA RELATORA.

En Quito, el día de hoy miércoles veinte de junio de dos mil doce, a partir de las dieciséis horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que antecede, al actor, doctor Franco De Beni en su calidad de Gerente y representante

legal de la compañía AGIP ECUADOR S.A., en el casillero judicial No. 2224; y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Ministro de Recursos Naturales no Renovables; y, Director Nacional de Hidrocarburos, en el casillero judicial N° 1331, Procurador General del Estado en el casillero judicial No. 1200.- Certifico. Dra. Yashira Naranjo Sánchez, SECRETARIA RELATORA.

### 3.4.2. Juicio N° 139-2010

**Asunto:** Responsabilidad extracontractual objetiva del Estado - caso Guadalupe Larriva.

**Juez Ponente:** Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-** Quito, 24 de agosto del 2012.- Las 13h15.- **VISTOS:** En virtud de que los Jueces y Jueza Nacionales abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones N° 1-2012 de 30 de enero del 2012, y N° 4-2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. En la tramitación de esta causa se han observado todas las solemnidades inherentes, por lo que se declara la validez procesal. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** El doctor César Augusto Ochoa Balarezo, en su calidad de Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay, Cañar y Morona Santiago, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca, el 14 de enero de 2010, a las 15h25, dentro del juicio contencioso administrativo que siguen los señores: cónyuges Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris (*padres de la fallecida Dra. Guadalupe Larriva González, y abuelos maternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), y Fausto Rodrigo Ávila Ávila y Alba Ar-

gentina Encalada Zamora (*abuelos paternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), y otros accionantes constituidos en parte procesal en virtud de la acumulación de autos decretado en la causa por el Juez A quo, esto es son también parte procesal la señora y el señor Priscila Ávila Larriva y Rodrigo Ávila Larriva (*hijos de la fallecida Dra. Guadalupe Larriva González, y hermanos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); en contra del Presidente de la República y otros. **SEGUNDO.- 2.1.-** En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal A quo resolvió textualmente: “*aceptar la demanda en los términos detallados en el Considerando Noveno, disponiendo que los pagos se realicen en el plazo de sesenta días a contarse de la ejecutoria de esta sentencia. Se tendrá en cuenta para los fines consiguientes el derecho de repetición, previsto en el art. 11, numeral 9, de la Constitución vigente, en cuanto establece: ‘el estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición, en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas’.* Esto es en cuanto se determine la responsabilidad, en contra de quienes así se establezca. sin costas, pues el estado no se ha opuesto a las pretensiones, sin fundamento”. **2.2.-** El Director Regional de la Procuraduría General del Estado fundamentó su recurso en la infracción de los artículos: 11 numeral 9; 76 numeral 7, literal I); 82 y 237 de la Constitución Política; 113, 115, 116 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil; 2220 y 2230 del Código Civil; y, 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, con

fundamento en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, sosteniendo que la sentencia incurre: con respecto a la causal primera, en falta de aplicación de los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; en relación con la causal tercera, falta de aplicación de los artículos 113, 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil; en lo referente a la causal cuarta, por omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis; y, en lo que concierne a la causal quinta, por cuanto el fallo materia del recurso no contiene los requisitos exigidos por la Ley. **2.3.-** En providencia de 8 de septiembre de 2010, esta Sala ha concedido a trámite al recurso propuesto y para resolver lo pertinente considera. Se realizará el examen de las causales de casación alegadas por la institución casacionista, en el siguiente orden: primeramente la causal quinta, después, si es que es necesario, la causal cuarta, posteriormente de ser el caso la tercera, para concluir, si ello resulta pertinente, con la causal primera. **TERCERO.- 3.1.-** Afirma la institución recurrente que la sentencia incurre en el vicio previsto en la **causal quinta** del artículo 3 de la Ley de Casación, la que establece: “Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”, porque afirma que: **“La sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley.-** De acuerdo al art. 76 literal l) de la Constitución Política vigente, en concordancia con los artículos 274, 275, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil, toda resolución deberá decidir con claridad los puntos que fueran materia de resolución expresando de la misma manera lo que se manda o resuelve, apoyándose en una correcta fundamentación y motivación debidamente expresada junto con los motivos de la decisión, sin embargo la sentencia en cuestión contradice las normas jurídicas antes referidas, en los siguientes puntos: -Falta de motivación.- Los diversos fallos dictados por la ex Corte Suprema de Justicia, actualmente Corte Nacional, mencionan las características que las sentencias deban contener para que se entiendan debidamente motivadas, y se menciona que la resolución debe ser: Expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia recurrida no cumple con algunas de estas características fundamentales, como las siguientes:.- No es CLARA, (ART. 274 Y 275 del Código de Procedimiento Civil), a lo lar-

go de la misma se reconoce en más de una ocasión que los criterios de valoración expuestos en ella por los señores magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 3 con sede en la ciudad de CUENCA, son rebatibles en especial en la consideración NOVENA de la sentencia, se utilizan razonamientos contenidos en frases que en lugar de aclarar confunden [...]. En el presente caso se hacen alusiones a hechos completamente ajenos a la causa como son los casos llevados a conocimiento de la Corte Interamericana supongo de Derechos Humanos, la Convención Americana, supongo también de derechos humanos, pero tanto lo uno como lo otro se hace únicamente de manera enunciativa sin establecer su pertinencia de aplicación en el presente caso y menos aun vinculándolos con alguna norma legal de nuestro ordenamiento jurídico. Peor aún, no se refieren a los hechos que deben ser materia del Juzgamiento, es decir a los hechos sobre los que se trabó la litis. Estos se pueden resumir en los siguientes puntos: [...] La sentencia recurrida carece de LÓGICA, jurisprudencia ecuatoriana resalta que las resoluciones deben ser: a) Congruentes, en cuanto a las afirmaciones, las deducciones, y las conclusiones deben guardar adecuada correlación y concordancia entre ellas; b) No contradictorias, en el sentido de que no se empleen en el razonamiento juicios contrastantes entre sí, que al oponerse se anulan; c) Inequívoca, de modo que de los elementos de raciocinio no dejen lugar a dudas sobre su alcance y significado, y sobre las conclusiones que determinan.- En la consideración SEXTA, el Tribunal se compromete a realizar en la misma sentencia un estudio a lo relativo a la determinación de montos a pagarse a los actores, al parecer pretende dar cumplimiento con aquello en la consideración NOVENA, pero en ella lo único que hace es referirse a casos sometidos a la Corte Interamericana de derechos humanos, jamás se hace una determinación detallada, clara, congruente de los montos que dispone el pago en la parte resolutive de la misma, a esto no se le puede llamar estudio.- La sentencia debe conducir a la CERTEZA en las partes de que lo resuelto se halla enmarcado en derecho y se ha aplicado de manera justa y ecuaníme la ley, en el presente caso lamentablemente no convence siquiera a los señores magistrados del tribunal, autores de la misma, basta con analizar la referida NOVENA consideración, en la cual prevalecen las dudas de

los juzgadores, al admitir más de una vez que los criterios expuestos en ella son rebatibles.-".

**3.2.-** La impugnación por esta causal quinta se sustenta en definitiva, en que la sentencia no está debidamente motivada y que incurre en contradicciones. Ahora bien, conforme el literal I del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...". En este sentido los artículos 274 a 276 del Código de Procedimiento Civil establecen que las sentencias y los autos, se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal; de igual manera expresarán con claridad lo que se resuelve y los asuntos que van a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. En las Resoluciones 301, expedida el 20 de mayo de 1999, dentro del juicio 633-95, y publicada en el Registro Oficial No 255 de 16 de agosto de 1999; y 558, expedida el 9 de noviembre de 1999, en el juicio 63-99 y publicada en el Registro Oficial No 348, del 28 de diciembre de 1999, de la ex Corte Suprema de Justicia, se ha señalado lo que debe entenderse por motivación, citando los criterios expuestos por el tratadista Fernando de la Rúa (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, páginas 150 y siguientes) en su parte pertinente: "El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser a la vez expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también

como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada[...]. La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiénolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan. Por eso no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas, ni soslayar su análisis crítico mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos, o por un resumen meramente descriptivo de ellos, sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El juez debe consignar las conclusiones de hecho a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en derecho de la sentencia, porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos [...]. En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica)... Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica [...]". **3.3.- Este Tribunal de casación se percata de que efectivamente la sentencia del Tribunal de Instancia no es nada clara, al pretender aplicar al presente caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión,** pues el traer a colación (para fundar incluso el valor de la indemnización) el tristemente célebre caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, que se trató ante una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila, pues emular los dos casos, sería como tácitamente aceptar que en este caso hubo, por ejemplo, el delito de torturas de por medio, lo cual es inaceptable. Simplemente el Tribunal de instancia dice

que “Por los antecedentes expuestos, este Tribunal, toma un punto de referencia, aunque también rebatible y es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, a quien el Estado ecuatoriano, el 12 de junio de 1998, le había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos, siendo de resaltar que la Corte Interamericana, aprueba en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana.”, es decir -sin más- se toma “como punto de referencia” un caso que no se parece en nada al que aquí se discute, donde definitivamente no existen posibles torturas, ni supuesta desaparición forzosa ni situaciones parecidas. **Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la sentencia de instancia incurrió en la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación propuesta por la Procuraduría General del Estado, y así se lo declara,** haciendo por tanto innecesario continuar analizando las demás causales de casación propuestas para este efecto. **CUARTO.-** Para proceder conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, y para expedir la sentencia que en lugar de la casada corresponde, este Tribunal de Casación considera lo siguiente: **4.1.- Que la PGE alega que:** “Al no existir normas específicas aplicables en este caso, se debió observar lo contenido en el Código Civil, respecto al derecho de daños, concretamente al contenido de los artículos 2220 y 2230. En el supuesto no consentido de que el Estado deba indemnizar a los actores por las lamentables muertes de CLAUDIA FERNANDA ÁVILA LARRIVA y GUADALUPE LARRIVA GONZÁLEZ, se debió establecer con claridad la participación de cada una de estas damas en el acto público en el que lamentablemente ocurrió el accidente que **segó sus vidas**, tomando en cuenta los siguientes importantes aspectos: 1.- La señorita Claudia Ávila Larriva, era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento. **Dependía de la Autorización de su señora Madre, para abordar el helicóptero de combate, artillado de propiedad de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, más aun en su calidad de menor de edad,** debiendo el Tribunal tomar en cuenta los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; y, 2.- En el caso de la Doctora Guadalupe Larriva González, se desempeñaba como MINISTRA DE

DEFENSA, por lo tanto máxima autoridad administrativa de esta cartera de Estado, invitada oficial al acto castrense, madre de la menor Claudia Fernanda Ávila Larriva. **Voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija,** en la mismas condiciones, debiendo observarse las normas antes citadas, que resulten justamente este tipo circunstancias. Aspectos que no fueron tomados en cuenta en ninguna parte de la sentencia recurrida, con la finalidad de establecer los montos que se mandan a pagar en la misma, de considerar el Tribunal, como efectivamente lo hace que se debe indemnizar a las partes.”. (las negrillas son nuestras). **4.2.-** Al respecto, los demandantes señores/as Deifilio Larriva Polo y otros/as, contradicen lo expuesto por la PGE, y en lo principal manifiestan: “En suma, ¿para qué se debía acudir a dos normas del Código Civil ajenas a la litis? La responsabilidad extracontractual del Estado se integró al ordenamiento jurídico ecuatoriano en la Constitución que entró en vigencia en agosto de 1969, en el artículo 27, y luego se ha mantenido casi sin variaciones mayores en las demás Constituciones, hasta culminar en la actual, cuyos artículos 11, número 9, incisos primero y segundo; 53; 54; 97; 172 y 233 cubren todas las posibilidades al respecto, y que, procesalmente, se han reglamentado en el Código Orgánico de la Función Judicial, dictado apenas hace pocos meses atrás. Ninguna ley, en el transcurso que va desde 1969 hasta hoy, ha desarrollado esta institución jurídica. Por otra parte, **los artículos 2289 y siguientes del Código Civil promulgado en diciembre de 1860 regulaban los daños causados por los delitos y cuasi delitos y esas normas vinieron repitiéndose a lo largo de todas las codificaciones del Código Civil expedidas posteriormente. Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva.”. (Las negrillas**

son nuestras). **QUINTO.-** Siguiendo textualmente la autorizada y más actualizada doctrina del profesor Rodríguez R. Libardo, “Derecho Administrativo”, 17 edición [1 ed., de 1981], Edit. Temis, Colombia, 2011, capítulos 2 y 3, pgs. 535 a 562, se determina que: **5.1.- El tratamiento que se ha dado a la responsabilidad del Estado se caracteriza por una evolución progresiva que ha producido grandes cambios en el régimen de esa responsabilidad. Puede decirse, en términos generales, que el principio de la responsabilidad por parte del Estado ha pasado por tres etapas. Primera etapa: la irresponsabilidad.** Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Esa solución que nos parece tan criticable en la época presente, se fundamentó especialmente en la idea de *soberanía*, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles, mal entendiéndose que la esencia de la soberanía consistiría en imponerse a todos sin compensación alguna. Se consideró entonces que si bien el Estado no sería responsable por los daños que causara su actividad sí lo eran sus agentes que directamente los causaban. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado, como sucedió en Francia desde comienzos del siglo XIX con los daños causados por trabajos públicos. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares. **Segunda etapa: la responsabilidad.** Esta etapa fue inaugurada por el célebre *fallo Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, que consagró la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en textos legales expresos, e independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión*, pues en esta decisión se tomó como fundamento la nueva noción de servicio público que vino a reemplazar las nociones de poder y de gestión. Fue así como en ese famoso fallo se dijo que *“la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no pue-*

*de regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; [...] esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.* **Tercera etapa: la responsabilidad creciente.** Esta mayor extensión de la responsabilidad administrativa se ha manifestado en los siguientes aspectos principales, enumerados por el profesor Jean Rivero: 1) La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía. 2) La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa grave exigida inicialmente se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, incluso, a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva. 3) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados. 4) Para asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica. A lo anterior debemos agregar que es tal el avance de esta idea de la creciente responsabilidad del Estado, que se ha llegado a insinuar una *posible responsabilidad social*, según la cual el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aún en el caso en que apareciendo éste, no tuviere medios para indemnizar el daño causado. Esta idea encuentra su fundamento lógico y jurídico en la vigencia de las ideas sociales, aún en los países capitalistas, pero infortunadamente su éxito parece ser apenas progresivo y con límites, por razones de índole principalmente fiscal. Finalmente, dentro de ese contexto de la responsabilidad creciente del Estado en el derecho contemporáneo, recientemente los tribunales internacionales y, en especial, los tribunales de derechos humanos, como el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han empezado a declarar la responsabilidad de los Estados por los perjuicios generados por la violación de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derecho público. **5.2.-** La teoría de la responsabilidad objetiva, esto es, por responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, encontró así justificación firme en varias ideas. Por una parte, **se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicable a la responsabilidad administrativa; ni siquiera la teoría de los órganos. La tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa.** Como en muchos otros temas relacionados con la administración, comenzó a madurarse la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, por consiguiente, un tratamiento especial; que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. **Fue así como se implantó la teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de un agente identi-**

**ficado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.** Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales, **aquí se trata de una culpa objetiva o anónima, o culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores,** pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquélla solo da lugar a responsabilidad subjetiva. **5.3.-** Así se ha consagrado para la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, por medio de la teoría de la culpa objetiva administrativa o falla del servicio, la cual consta actualmente en el Art. 11, numeral 9, de la Constitución de la República, que claramente determina que *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas...”* (el subrayado es nuestro). **5.4.-** Puede anotarse, como características esenciales de este concepto de responsabilidad administrativa objetiva, las siguientes: **1) El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.** **2)** Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a considerar dentro de la consideración de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, **siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión.** **3)** Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico **se requiere la existencia de dos condiciones: que**

exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, **para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.** 5.5.- El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en su actividad estatal desarrollada en beneficio de la comunidad, **emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional”, que dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de tal actividad pública.** SEXTO.- 6.1.- Cómo bien se dice en la sentencia de instancia, ninguna institución o órgano estatal ha controvertido la existencia del accidente en el cual perdieron la vida la ex ministra de defensa, entonces en funciones, Dra. Guadalupe Larriva González, y su hija, la menor de edad Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en el accidente aéreo ocurrido en los helicópteros Gazelle E-343 y E-360 del Grupo de Aviación del Ejército N° 15 “Paquisha” ocurrido el 24 de enero de 2007. 6.2.- Este Tribunal de Casación acepta, por todo lo anteriormente manifestado, lo aseverado por los demandantes en el sentido de que “Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? **Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva.**” (Las negrillas son nuestras). **Efectivamente, estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, conforme ya se ha analizado siguiendo la doctrina más ac-**

**tualizada del Derecho Administrativo al respecto, pero únicamente con relación a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, como pasamos a mencionar.** 6.3.- Este Tribunal de Casación acepta, parcialmente, en lo que a la Doctora Guadalupe Larriva González se refiere, también lo aseverado por la PGE, en el sentido de que “se debió establecer con claridad la participación de cada una de estas damas en el acto público en el que lamentablemente ocurrió el accidente que segó sus vidas, tomando en cuenta los siguientes importantes aspectos: 1.- **La señorita Claudia Ávila Larriva, era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento.** Dependía de la Autorización de su señora Madre, para abordar el helicóptero de combate, artillado de propiedad de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, más aun en su calidad de menor de edad, debiendo el Tribunal tomar en cuenta los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; y, 2.- **En el caso de la Doctora Guadalupe Larriva González, se desempeñaba como MINISTRA DE DEFENSA, por lo tanto máxima autoridad administrativa de esta cartera de Estado, invitada oficial al acto castrense, madre de la menor Claudia Fernanda Ávila Larriva. Voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija, en la mismas condiciones, debiendo observarse las normas antes citadas, que resulten justamente este tipo circunstancias. Aspectos que no fueron tomados en cuenta en ninguna parte de la sentencia recurrida, con la finalidad de establecer los montos que se mandan a pagar en la misma, de considerar el Tribunal, como efectivamente lo hace que se debe indemnizar a las partes.”.** (las negrillas son nuestras). 6.4.- **Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila**

**Larriva**, pues ella era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, **pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno** (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica). **6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas**, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, **pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales**. Argüir que el Art. 2230 del Código Civil le pueda ser aplicable a la Srta. Claudia Ávila Larriva es inoficioso, pues ella no se expuso al riesgo de subir a un helicóptero artillado imprudentemente, ni tenía control alguno en tal hecho. Así por ejemplo la doctrina jurídica de responsabilidad extracontractual nos enseña que: *“Asunción de riesgos por la víctima, a) En materia extracontractual, el daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido y la responsabilidad tiene por fuente la ley y no el contrato. Aun así, nada obsta para que alguien asuma voluntariamente un riesgo, sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, las condiciones para que se entienda asumido un riesgo a costa de la víctima potencial y sus efectos son una materia particularmente equívoca en el derecho civil. En principio, la asunción voluntaria de un riesgo no modifica la relación de la víctima con los terceros que están en situación de causarle daño. En efecto, la simple circunstancia de participar voluntariamente en una actividad que supone algún riesgo no justifica al tercero por la realización del daño, porque del hecho de la víc-*

*tima no se sigue intención alguna de liberarlo de responsabilidad. Así, cuando un pasajero sube a un taxi en mal estado de conservación sabe que el viaje supone algún peligro, pero no por eso está descargando al conductor del cuidado debido.”* (Barros Bourie, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2006, pg. 441.), (Y menos, con relación a este ejemplo del taxi, deberíamos nosotros convenir, en el caso de que una menor de edad suba “a un helicóptero militar artillado” de las Fuerzas Armadas). Igualmente, en este mismo tenor, nos sigue enseñando el profesor Barros Bourie, *“En materia de responsabilidad civil extracontractual no existe, por lo general, una relación previa entre la víctima y el autor del daño. El daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido... el consentimiento no puede validar un acto ilegal o contrario a las buenas costumbres. En consecuencia, la autorización no puede importar condonación de dolo futuro; y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física)...”* (Ibídem, pg. 137). *“Regímenes de protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica de desventaja respecto del autor del daño.- Al menos en dos grandes grupos de casos la responsabilidad estricta persigue corregir asimetrías en la posición de las partes, que dificultan juzgar sus posiciones relativas a la luz de un principio formal de igualdad: los trabajadores en relación con sus empleadores y los consumidores en relación con los productores. La asimetría no debe entenderse en términos distributivos (el rico también desempeña el rol social de consumidor), sino de control de la información relevante y del riesgo. Aunque el derecho privado asume el principio de la igualdad abstracta entre las personas, esta idea debe ser corregida para hacerse cargo de las situaciones de asimetría estratégica, en que deja de ser justo asumir que las partes son iguales. La función de la responsabilidad estricta es análoga en estos casos al principio de buena fe en el derecho de los contratos: hay situaciones típicas en que la justicia de la relación exige adecuarse pragmáticamente a la realidad, modificándose el supuesto de que las partes son iguales.”* (Ibídem, pgs. 458-459). (las negritas y subrayado son nuestros). **Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia**

**Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de soportar.** SIETE.- 7.1.-

Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de la Srta. Claudia Ávila Larriva, tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir. 7.2.- Consta en el proceso el acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007, de la cual aparece que la H. Junta de Defensa Nacional contrató una póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves N° MTRX-000000-2183 para pasajeros con Interoceánica C.A. de Seguros y Reaseguros, en la cual se fija el monto de la indemnización en US\$ 75.000,00 por muerte de cada pasajero. **Las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables para calcular los valores de sus pólizas, por lo que este Tribunal decide tomarlo en cuenta, como un punto de referencia válido.** 7.2.1.- Ahora bien, **las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad** (17 años). Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse “más” -y no “menos”- seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, mas aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. **Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 “le fallaron” a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama;** menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. **Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada en el punto 7.2.** Un hecho como este no debería repetirse nunca más. Por todas las consideraciones

anteriormente expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: 1)** Se casa la sentencia antes referida expedida el 14 de enero del 2010, 15h25, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca. **2)** Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas por los señores/as: Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris (*abuelos maternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); y, por Fausto Ávila Ávila y Alba Encalada Zamora (*abuelos paternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); así como, debido a la acumulación de autos, la demanda de los señores/as: Priscila Ávila Larriva y Rodrigo Ávila Larriva (*hermanos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), en contra del Estado Ecuatoriano. **3)** El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera: **3.1)** A los abuelos maternos supervivientes con USD\$ 50.000,00. **3.2)** A sus hermanos supervivientes con USD\$ 50.000,00). **3.3)** A los abuelos paternos supervivientes con USD\$ 50.000,00. Este valor no será imputable a los valores pagados por acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007. **4)** Además de la compensación pecuniaria señalada, se tomará la siguiente medida de satisfacción y de no repetición: El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en su calidad de máxima autoridad militar respecto a la planificación y asesoramiento de políticas militares, enviará a los familiares señalados de Claudia Fernanda Ávila Larriva, una carta en la cual indique que se han tomado las medidas necesarias de seguridad de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas, para que nunca más vuelva a ocurrir un accidente similar, en un transporte militar, que le cueste la vida a un/una menor de edad. **5)** En lo que ordena el fallo del Tribunal de instancia que señala expresamente que: “[...] se tendrá en

*cuenta para los fines consiguientes el derecho de repetición, previsto en el art. 11, numeral 9, de la Constitución vigente, en cuanto establece: “el estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición, en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”. esto es en cuanto se determine la responsabilidad, en contra de quienes así se establezca.”*, en virtud de la disposición constitucional relacionada con el derecho de repetición se conmina a la Procuraduría General del Estado, para que en el presente caso, recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición, conforme el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política anterior, ahora inciso tercero del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua (VS), Jueces Nacionales, y Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.

#### VOTO SALVADO

#### DEL DR. JOSÉ SUING NAGUA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Quito, 24 de agosto de 2012.- Las 13h15.- **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero de 2012, las Resoluciones de 30 de enero de 2012 y de 28 de marzo de 2012, de integración de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta del sorteo electrónico de causas y de integración de Tribunales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2012. El Dr. César Augusto Ochoa Balarezo, Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay, Cañar y Morona Santiago, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca, el día 14 de enero de 2010 a las 15h25, dentro del proceso signado con el N° 109-2008, seguido por el Dr. Deifilio Larriva Polo y otros, en contra del señor Presidente de la Re-

pública, Economista Rafael Correa Delgado, el Estado ecuatoriano y otros. La Sala acepta el recurso de casación y la parte actora lo contesta el 14 de septiembre de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** El Tribunal de la Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución; numeral primero del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** El representante de la Procuraduría General del Estado fundamenta su recurso en los numerales 1,3,4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación y considera que se han infringido los artículos 11 numeral 9, 76 numeral 7 literal l), 82 y 237 de la Constitución, artículos 113, 115, 116, 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil, artículos 2.220 y 2.230 del Código Civil y artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Manifiesta que al no existir normas específicas aplicables en este caso, se debió observar lo contenido en los artículos 2.220 y 2.230 del Código Civil, en el supuesto no consentido de que el Estado deba indemnizar a los actores por las lamentables muertes de Claudia Fernanda Ávila Larriva y Guadalupe Larriva González; que se debió esclarecer la participación de cada una de las damas en el acto público, por ser Claudia Fernanda Ávila Larriva, menor de edad y no pertenecer a las Fuerzas Armadas ni estar como invitada oficial al acto castrense en el cual ocurrió su deceso, pues la autorización dependía de su madre para abordar el helicóptero; que referente a la doctora Guadalupe Larriva González, quien se desempeñaba como Ministra de Defensa, voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, quien además autorizó el traslado de su hija; que en la sentencia recurrida, el Tribunal que la dictó, en ninguna parte hace alusión siquiera a la etapa probatoria evacuada dentro de la causa, careciendo de valoración de las pruebas presentadas conforme lo dispone el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se prescindió de éstas sin ningún tipo de razonamiento, tomando en cuenta solo las pretensiones de los actores, inclusive las excepciones planteadas a las mismas pues son dos demandas acumuladas, que se desestimaron sin el apoyo de ninguna norma legal;

que tras revisar el ordenamiento jurídico vigente e inherente a este tipo de juicios no existe norma procesal alguna que respalde el razonamiento del Tribunal, y que el mismo coloca en un grave estado de indefensión al Estado ecuatoriano, exponiéndolo así a una inconcebible inseguridad jurídica, contrariando el artículo 82 de la Carta Magna; que existe omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis, esto es: 1) el declarar ilegal y nulo el acto administrativo contenido en el oficio N° T.1708-SGJ-08-716 de 19 de marzo de 2008, suscrito por el doctor Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, 2) la pretensión de los actores que el Estado ecuatoriano les pague la suma de ocho millones de dólares por concepto de indemnizaciones, 3) por parte de la Procuraduría General del Estado, la negativa de los fundamentos de hecho y derecho de las demandas, la improcedencia de las acciones, la incompatibilidad de acciones y la falta de determinación del objeto de la demanda, pues éstas últimas se desecharon sin apoyo de ninguna norma legal; que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley pues se trata de que toda resolución deba decidir con claridad los puntos que fueran materia de resolución, con una correcta fundamentación y motivación así: que a lo largo de la sentencia se reconoce en más de una ocasión que los criterios de valoración expuestos por los señores magistrados del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca, son rebatibles, en especial en la consideración novena, con frases que en lugar de aclarar confunden; que para que una resolución sea completa el juzgador debe abarcar en ella los hechos y el derecho, es decir, se debe describir los hechos y demostrarlos, encuadrándolos en la norma jurídica, pues los hechos descritos son ajenos a la causa, tales como los de conocimiento de la Corte Interamericana y Convención Americana de Derechos Humanos; que en la parte resolutive de la sentencia se dispone se ejerza el derecho de repetición en contra de los responsables del daño producido, pero no se particularizan los mismos y reconocen que aún no se determina dicha responsabilidad; que en la resolución del Tribunal jamás se determinó la individualización de las partes, haciendo imposible el pago, contradiciendo lo ordenado en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** Prisci-

la Ávila Larriva, Rodrigo Ávila, Deifilio Larriva Polo y otros, en la contestación al recurso manifiestan que el recurrente olvida que las dos demandas se sustentaron en que previamente los demandantes habían acudido ante el Presidente de la República y ante el Procurador General del Estado, con la petición de que se les reconocieran los valores indemnizatorios previstos en el artículo 20 de la anterior Constitución (de 1998); sin embargo, estas peticiones fueron contestadas tardíamente, por ello sostienen en las demandas que operó el silencio administrativo a favor de los accionantes; que cuando se contestaron las demandas, tanto por el Presidente de la República cuanto por el Procurador General del Estado, éstos no se excepcionaron bajo la aseveración de que había habido culpa o negligencia en el actuar de las fallecidas madre e hija, sin actuar prueba en ese sentido; que las normas que se pretende aplicar del Código Civil son ajenas a la litis, pues se trata de instituciones distintas y, por tanto, estas normas sobre responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva; que en la demanda de casación hay un análisis incompleto de cómo y por qué supuestamente se aplican las disposiciones de los artículos 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil en la sentencia, no explica cómo el artículo 269 se enlazaría con la sentencia, por lo que se constituye en un error de la Procuraduría evidentemente irremediable y por tanto inaceptable; que el recurrente se queja de que los actores no presentaron prueba, lo que es falso pues se probaron los tres hechos fundamentales del juicio, esto es: 1) que hubo la caída de los helicópteros de las Fuerzas Armadas, 2) que en el siniestro fallecieron dos personas, 3) que sus herederos son los demandantes; que adicionalmente se demostró el silencio administrativo; que según el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, no es necesario que en una sentencia se analicen, desechen o acepten, todos los puntos sobre los cuales las partes están en desacuerdo, se resuelve únicamente los principales, y en el recurso de casación no se manifiesta cuales fueron los puntos principales que se dejaron de resolver; que no se cita fuente alguna de las afirmaciones que realiza la Procuraduría, es decir, si existen fallos de triple reiteración, al establecer que la Corte Suprema de Justicia había mencionado que una sentencia debe ser clara,

completa, expresa, legítima y lógica, ni se remite a lo que establece el artículo 5 de la Ley de Casación, es decir, que se debe remitir a los requisitos exigidos por la ley; que la cláusula novena es la más clara de la sentencia puesto que en ella se hacen consideraciones sobre la expectativa de vida de las dos personas fallecidas para establecer los valores de las indemnizaciones; que el escrito contentivo del recurso suscrito por el doctor César Augusto Balarezo Chávez, en calidad de Director Regional en la Procuraduría General del Estado contiene una afirmación falsa, pues las partes demandadas fueron, en los dos juicios que luego se acumularon en aquel identificado con el N° 109-2008, el Presidente de la República, el Procurador General del Estado y el doctor Alexis Mera Giler, los primeros por representar al Estado y el tercero por ser el suscriptor del acto administrativo materia fundamental de la litis; que el recurso no ha cumplido con el precepto del número 1 del artículo 6 de la Ley de Casación y por tanto se debe inadmitirlo; que la falta de individualización del proceso y de las partes procesales en que incurrió el Director Regional en la Procuraduría General del Estado es inexcusable, a más de la omisión al identificar las partes procesales y del juicio, que no sólo se trata una formalidad de segunda importancia sino que nace del incumplimiento de una norma legal y consecuentemente resulta inaplicable el principio del art. 169 de la Constitución. **CUARTO:** Varios son los cuestionamientos formulados en contra de la sentencia de instancia por el representante de la Procuraduría General del Estado. Sin embargo, lo que no está resuelto con suficiencia por la Sala de instancia es lo relacionado con la pertinencia de la indemnización que ordena pagar, lo cual se enmarca dentro de lo que prescribe la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación esgrimida por el recurrente, cuyo texto a la letra señala: *“4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”* (lo subrayado es de la Sala). Lo que deberá responder este Tribunal de la Sala Especializada es si a la luz de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente del artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente en el momento de los hechos que provocan la acción de los demandantes y del artículo 11.9 de la actual Constitución de la República, interpretados a la luz de los prin-

cipios del Derecho y la doctrina, los demandantes como perjudicados del daño producido por el accidente en el que perdieron la vida la doctora Teresa Guadalupe Larriva González y su hija, Claudia Fernanda Ávila Larriva, deben recibir la indemnización conforme lo ha resuelto el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo N° 3 en la sentencia recurrida. **QUINTO:** Para atender el controvertido se precisa de algunos conceptos doctrinarios. **5.1.** La actuación del Derecho en la sociedad se circunscribe a evitar la producción de daños apreciables jurídicamente y, una vez producidos, a resarcir sus perjuicios a los sujetos que no están en la obligación de soportarlos, tanto si hablamos que el imputado del daño provenga de la esfera pública cuanto si se tratase de particulares. En este sentido, ya no es aceptable el axioma *“The King can't wrong”* del derecho anglosajón utilizado para describir la irresponsabilidad del soberano en sus actuaciones dañinas, que fuera extrapolado a tiempos modernos en los que fue la tardía aceptación de que si el Estado daña debe reparar. **5.2.** Esto ya fue recogido por nuestro ordenamiento jurídico. El principio general de la responsabilidad del Estado está previsto en la Constitución de la República, en su artículo 11.9, que consagra como el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y que *“[e]l Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”*. También la Constitución Política promulgada en el año 1998 contenía una norma, con distinto texto pero de similar alcance, para determinar la responsabilidad objetiva del Estado: el artículo 20 de esa Carta Constitucional establecía que *“[l]as instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarias y empleados, en el desempeño de sus cargos”*. Con esto se puede concluir que nuestro ordenamiento constitucional contempla, sin lugar a dudas, el régimen de responsabilidad objetiva del Estado.

Sin embargo, no ha sido adecuada y suficientemente desarrollada la doctrina sobre la responsabilidad del Estado en nuestro país, ni por autores conocedores de la materia, ni por vía jurisprudencial, limitándose nuestra historia académica y judicial a desarrollar las teorías civilistas sin tomar en consideración las particularidades que tiene la reparación del daño cuando puede ser imputado al Estado o a sus agentes. Es en el derecho comparado que las teorías que fundamentan la responsabilidad objetiva del Estado han visto su mejor desarrollo. Así tenemos que en Colombia, teniendo el mismo tronco teórico de nuestro derecho público, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional quienes han delimitado los alcances doctrinarios de esta institución jurídica, trayendo planteamientos, principalmente, del Derecho español y del Derecho francés. **5.3.** La responsabilidad, según la doctrina, conlleva la obligación de indemnizar un daño o perjuicio e implica tres elementos: el daño, la causalidad y la imputación, que permite decir que si uno de estos elementos no se presenta, no es posible hablar de la existencia del deber de reparar. **5.4.** De las múltiples definiciones que se han dado doctrinariamente de **daño**, algunas coinciden en decir que es la disminución, aminoración o alteración negativa de una situación favorable existente en perjuicio de un patrimonio material o inmaterial. Es el primer elemento para establecer la responsabilidad; no se puede hablar de ésta si no se llega a probar el daño como afectación patrimonial sufrida en un sujeto que no estaba obligado jurídicamente a soportarlo. Si no hay daño, no hay responsabilidad. La distinción que se puede dar entre daño y perjuicio sirve para distinguir igualmente entre víctima y perjudicado, calidades que no siempre recaen en un mismo sujeto. El daño es la lesión en sí misma, mientras que el perjuicio es la consecuencia tanto material como inmaterial del daño. Cuando muere una persona, por ejemplo, la víctima es el muerto, mientras que los perjudicados llegarían a ser quienes soportan las consecuencias de esa muerte, tanto en su patrimonio material como en el inmaterial; si la persona en la que recae el daño queda herida, será tanto víctima como perjudicada, pudiendo haber más personas que soporten los perjuicios o consecuencias del daño. Dado que un hecho dañino puede provocar consecuencias distintas en el patrimonio de la

víctima o de los perjudicados, es necesario distinguir la tipología del daño, bien se trate de un perjuicio al patrimonio material o al patrimonio inmaterial. En el primer evento, tenemos al daño emergente y al lucro cesante. El primero es la pérdida material y efectiva; mientras que el segundo es la pérdida de ganancias esperadas. En lo que tiene que ver con el perjuicio inmaterial, nuestro ordenamiento y la jurisprudencia reconocen únicamente el daño moral; en tanto que la doctrina ha distinguido el daño moral -como el sufrimiento interno, en el plano psicológico del perjudicado-, de la afectación que provoca el hecho dañino en la vida social y en las relaciones del perjudicado, tanto con otras personas, como con las cosas materiales, llamado *daño a la vida de relación* en la doctrina italiana, y *alteración en las condiciones de existencia*, en la doctrina francesa. La distinción entre estos tipos de daños lo que debería propender es a solventar la manera en que se indemnizan los perjuicios, una vez reconocida la existencia del daño. No será lo mismo liquidar un perjuicio de daño emergente o lucro cesante, de un carácter eminentemente monetario, que uno de daño moral, que aunque pueda ser valorado económicamente, no pretende equiparar financieramente una situación que no es posible tasarla monetariamente, sino que pretende aminorar con carácter, incluso, simbólico el sufrimiento soportado; por eso es que caben incluso indemnizaciones no monetarias, como disculpas, reconocimientos públicos u otras acciones similares. Sin embargo, todo se circunscribe a aspectos probatorios; es decir, que quien se presenta como perjudicado de un hecho dañino deberá probar el perjuicio sufrido y que éste tuvo relación efectivamente con el evento que produjo el daño. **5.5.** El elemento de **causalidad** en la responsabilidad hace mención al nexo que debe existir entre el que, por acción u omisión, produjo el hecho dañino y el daño producido. Para esto se han esgrimido dos teorías: la primera, denominada *de la equivalencia de las condiciones*, que enuncia que todos los antecedentes del daño tienen relevancia causal idéntica; esta teoría ha sido desechada por cuanto implicaría buscar culpables hasta el infinito, lo que apreciado jurídicamente resulta un absurdo. La segunda, es la llamada *de la causalidad adecuada*, que sostiene que una causa, además de ser determinante o *conditio sine qua non* para la ocurrencia del caso,

debe haber sido esperable el resultado en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia. **5.6.** Pero tampoco la causalidad será suficiente para determinar la responsabilidad, porque deberá verificarse, además, que ese hecho dañino es jurídicamente imputable a quien los produjo bajo cualquiera de los títulos de **imputación** que fundamentan la responsabilidad. La doctrina actual más especializada sugiere como fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado para su imputación -que guarda relación con los textos anterior y actual de nuestra norma constitucional- a la falla del servicio, al daño especial y al riesgo excepcional. La falla del servicio hace alusión al quiebre en la obligación del Estado de garantizar la vigencia de todos los derechos fundamentales y la prestación de los servicios que solventen las necesidades públicas. La falla del servicio debe ser probada, lo que no quiere decir que pierda la objetividad como rasgo distintivo de la responsabilidad estatal. El daño especial es el fundamento de la responsabilidad explicado por la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas, aunque la actividad del Estado sea lícita. Es decir, si el Estado, obrando lícitamente en ejercicio de sus atribuciones, produce un daño que sobrepasa el límite que el ciudadano tiene de soportar esas cargas lícitas, debe reparar, *vr.gr.* si una carretera que beneficia a la colectividad produce daños en la propiedad de algún ciudadano, el Estado está en la obligación de reparar el perjuicio, aun cuando no haya obrado ilícitamente. Finalmente -y es el régimen que nos interesa-, el riesgo excepcional es aquel al que los particulares se ven expuestos debido a la naturaleza propia de la actividad que genera el daño, pero que no pierde por ser riesgosa o peligrosa su carácter de lícita. El ejemplo doctrinario de esto es la operación de vehículos o las actividades militar o policial. Este régimen nunca podrá estar fundamentado en una omisión del agente estatal, siempre será una acción. El demandado podrá desvirtuar la imputación bajo los títulos que quedan señalados alegando la existencia de causas extrañas, como caso fortuito, fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de tercero. La fuerza mayor es aquel hecho imprevisible e irresistible en el plano externo de la actividad del sujeto que pretende ser imputado del daño; mientras que el caso fortuito será también ese hecho imprevisible

e irresistible pero en el plano interno de la actividad del demandado. Estas categorías tienen expresa mención en nuestra legislación. El hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de tercero, aun cuando no se encuentran nominados expresamente en nuestra legislación y muchos autores los consideran como una forma de caso fortuito o fuerza mayor, es necesario conceptualizarlos por separado. Se entiende como hecho exclusivo de la víctima aquel evento ajeno al demandado quien no ha podido prever ni resistir y que además haya sido determinante y excluyente como causa del daño. Solo si reúne estas condiciones podrá exonerar de la responsabilidad de reparar al demandado al haberse roto el nexo causal entre éste y el daño producido. Si no es la causa exclusiva, la imprudencia de la víctima no exonera de responsabilidad al demandado, pero la indemnización deberá ser reducida, al amparo de lo que dispone el artículo 2.230 de nuestro Código Civil: “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En cuanto al hecho exclusivo de tercero, es aquel ajeno tanto a la víctima como al demandado y también deberá ser causa exclusiva y determinante para exonerar de responsabilidad al imputado. Hay que anotar que no es necesaria la existencia de culpa en la víctima o en el tercero, y que éste debe ser distinto, tanto al demandado, como al demandante y a aquellas personas que están bajo su cuidado. **SEXTO:** Para el análisis de la sentencia recurrida, utilicemos estas anotaciones teóricas y confrontémoslas con los fundamentos de hecho y de derecho utilizados por la Sala de Instancia. Este Tribunal examinará primero si existió causa adecuada entre los hechos dañinos y el daño producido y si se puede imputar este daño al Estado y a sus agentes. Resuelto esto, se analizará la existencia del perjuicio que alegan haber sufrido los demandantes y si cabe su liquidación. **6.1.** El lamentable accidente en el que perdieron la vida la doctora Guadalupe Larriva González y su hija, Claudia Ávila Larriva, junto con otras personas, se produjo por el choque de dos aeronaves artilladas de combate del ejército ecuatoriano mientras realizaban el acercamiento a su lugar de aterrizaje, en una de las cuales se encontraban la doctora Larriva y su hija. Se puede establecer con claridad que la causa inmediata física o material del daño coincide con el hecho dañino apreciable jurídicamente y que

puede ser atribuido al Estado ecuatoriano a través de sus agentes. En los informes de las investigaciones del accidente se han señalado como sus causas a múltiples fallas humanas atribuidas a los elementos militares que participaron directa o indirectamente en los sucesos trágicos. No atañe a este Tribunal de la Sala Especializada, en este proceso, referirse a las responsabilidades jurídicas en que pudieron haber incurrido los elementos involucrados en el suceso, que debieron ser establecidas en las vías legales pertinentes. En conclusión, el hecho dañino es atribuible a las Fuerzas Armadas del Ecuador. **6.2.** El accidente sucedió en el contexto de operaciones militares que involucran en sí mismas una actividad de riesgo. Esta actividad, ejecutada en ejercicio de atribuciones públicas del Estado, peligrosa en sí misma pero lícita, pone en riesgo diariamente a los profesionales de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en este hecho se vieron involucradas personas civiles extrañas a la institución militar, más allá de considerar que la doctora Larriva ejercía el cargo de Ministra de Defensa, y que se vieron expuestas innecesariamente al riesgo. Sin embargo, hay que aceptar que la decisión de participar de las maniobras militares provino de la voluntad de la Ministra que decidió, además, autorizar a que su hija menor de edad también participara del ejercicio militar, sabiendo que la actividad implicaba un alto riesgo, asumiéndolo de manera expresa. Hemos dicho que para que opere como causa extraña que rompa el nexo de imputación, el hecho de la víctima debe ser determinante en la causa del daño. Queda claro que el hecho de haber abordado el helicóptero artillado no fue la causa determinante para la producción del hecho dañino, lo que elimina la posibilidad de exonerar al Estado de responsabilidad. Pero tampoco es posible no atender que el haber asumido el riesgo implica la responsabilidad de las víctimas y que su imprudencia variará la apreciación del daño, es decir la liquidación de un eventual perjuicio, de acuerdo al citado artículo 2.230 del Código Civil. **6.3.** Establecido esto, veamos si se justifican los fundamentos para la existencia del daño alegado de los demandados. Tanto los abuelos maternos y paternos de Claudia Ávila Larriva, cuanto los hijos de la doctora Larriva sostienen que el accidente les produjo un daño. Parecería de simple lógica pensar que una pérdida familiar tan grave produce perjuicios que rompen o aminoran

una situación existente y que, por tanto, deben ser reparados. Ha quedado señalado expresamente -y así también lo sostienen los demandantes- que se establece con rango constitucional el principio general por el que el Estado asume la responsabilidad de reparación ante daños imputables a sus acciones u omisiones o a las de sus agentes. Sin embargo, este principio constitucional, en su aplicación, debe ser suficientemente fundamentado, porque no constituye, sin más, una norma que autorice a los eventuales perjudicados a demandar al Estado, ni provoca que éste acepte las reparaciones demandadas sin más. En otras palabras, quien alega un perjuicio debe probar su existencia y los nexos de causalidad entre el daño y el demandado y que, además, esta atribución del hecho dañino le sea jurídicamente imputable, según lo que queda anotado en esta sentencia. Los demandantes se limitan a argumentar la ilegalidad de los actos administrativos emanados por la Presidencia de la República en base a un silencio administrativo positivo al no haberse contestado oportunamente sus pretensiones de cobro de indemnizaciones por el supuesto daño causado. Ninguno de ellos, ni ha identificado el tipo de daño que supuestamente ha sufrido, ni lo ha probado. No se señala en la demanda si la muerte de la señorita Ávila Larriva, en el caso de los abuelos, o la muerte de la doctora Larriva González, en el caso de los hijos, produjo una pérdida material y efectiva en su patrimonio (daño emergente); o si se produjo una pérdida en unas ganancias o rentas esperadas (lucro cesante); o si el daño tuvo consecuencias en los demandantes de aquellas que producen un daño psicológico o sufrimiento extremo (daño moral); o, finalmente, si la muerte de sus familiares condujo a una alteración en sus relaciones sociales y con el mundo exterior (daños a la vida de relación), que deban ser resarcidos. Y no se trata de desatender o desconocer los lazos familiares que mantenían con las ahora occisas y que en el plano de los sentimientos y las emociones son de enorme importancia, sino que lo que se deja en claro es que este es un proceso judicial que obedece a reglas y principios jurídicos que deben ser necesariamente invocados y aplicados para que se obre en Derecho. La identificación y prueba de los perjuicios causados por el daño tienen tanta importancia en la responsabilidad del Estado que es la propia norma constitucional que sustenta

esta institución que obliga a su existencia; además, están íntimamente ligadas a la forma en que serán liquidados los perjuicios, porque la responsabilidad objetiva del Estado no puede ser causa de enriquecimiento ni empobrecimiento de las víctimas, sino que su objetivo es reparar los daños regresando a las víctimas y perjudicados al estado anterior a la producción del hecho dañino, bajo el principio de la reparación integral. Por tanto, no existe prueba alguna de la existencia de daños o perjuicios sufridos por los demandantes, lo que exige de establecer una indemnización como reparación de esos daños que jurídicamente no existen en el proceso, cuestión que ha sido obviada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, que sin más ordena el pago que obra en la sentencia. **SÉPTIMO:** Adicionalmente, la sentencia adolece de otras equivocaciones jurídicas. **7.1.** En primer lugar, aunque no llega a las conclusiones en base a estos argumentos, analiza los presupuestos de liquidación como si se tratase de lucro cesante y aplicado este tipo de daño a las propias víctimas fallecidas en el accidente. No se puede establecer el daño de lucro cesante, entendido como pérdida de ganancias o rentas esperadas, respecto a una persona que muere cesando las condiciones en que recibiría esas ganancias o rentas. Distinto hubiera sido si no fallecían y quedaban lesionadas, con lo que se podría establecer que su condición varió a causa del daño producido. Se olvida el Tribunal de instancia que quien alega el daño son los abuelos respecto a la nieta y los hijos respecto a la madre, quienes dicen sufrir las consecuencias del mismo. A pesar de que ha quedado evidenciada la inexistencia de prueba, un eventual daño de lucro cesante debería hacerse en consideración a los perjudicados. Si los abuelos hubieran demostrado que dependían económicamente de la nieta y que por efecto de su muerte pierden esos ingresos, el lucro cesante debería calcularse en función de la esperanza de vida, limitando la liquidación al momento de la muerte de quien tiene el menor índice de vida probable; en este caso, de los abuelos. En el caso de los hermanos con relación a la madre, de igual manera, se debía probar que ellos dependían económicamente de ella, y se debía liquidar en función del menor índice de vida probable, es decir, en este caso, de la fallecida. **7.2.** Sin mayor argumentación y motivación que sustente que el antecedente del acuerdo ce-

lebrado por los familiares de Consuelo Benavides y el Estado para fijar la indemnización es aplicable al caso, llega el Tribunal juzgador a establecer, sin criterio alguno ni sustento jurídico válido, el monto de reparación a cargo del Estado, incurriendo en un error fundamental al obviar mencionar qué daño se está reparando. El acuerdo al que llegó la familia en el caso invocado obedeció a una demanda cursada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante pedido de la familia para reparar los daños causados por la desaparición forzosa y muerte de la profesora Consuelo Benavides; caso que se estaba tramitando ante la Corte Interamericana cuando se dio el principio de arreglo amistoso al que finalmente se llegó. Se trató, entonces, de un caso de violación de derechos humanos por parte del Estado, quien no había respondido adecuadamente en las instancias nacionales, lo que obligó a que, en virtud de la Convención Interamericana de Derechos Humanos suscrita por el Ecuador, se acudiera al Sistema en busca de la reparación a los daños causados. Ni los antecedentes, ni los elementos fácticos, ni el tipo de daño causado de caso referido por los juzgadores de instancia pueden servir como fundamento a la liquidación de perjuicios en el caso que se está analizando. **7.3.** Por otra parte, respecto a lo que en definitiva fue el fondo de la controversia, los demandantes solicitaron se les conceda lo que habían pedido como monto de indemnización a la Presidencia de la República, bajo el efecto de silencio administrativo positivo por cuanto no recibieron contestación de manera oportuna. El silencio administrativo positivo, como institución jurídica garante del derecho constitucional de petición, no opera únicamente por el simple transcurso de los términos y plazos fatales para la contestación del Estado a la solicitud que hagan los particulares. Para darle el efecto pretendido a la petición ante la abstención en el pronunciamiento del peticionado, es necesario que lo que se pida material y formalmente, no contraríe ni las reglas ni los principios en los que se asienta el ordenamiento jurídico vigente. En definitiva, que lo solicitado esté conforme a Derecho. Del análisis de todos los argumentos jurídicos contenidos en la presente sentencia, se concluye que no podría operar un silencio administrativo positivo. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo

de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia y declara sin lugar la demanda. ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua (VS), Jueces Nacionales, y Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Certificado.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-** Quito, 3 de octubre de 2012, las 15h05.- **VISTOS:** (139-2010) **1.-** Agréguese a los autos el escrito del Dr. Víctor Granda Aguilar, Procurador Judicial del Dr. Deifilio Larriva, Rodrigo Ávila Larriva, y otros de 3 de septiembre de 2012, 14h29 (en adelante **“los accionantes”**); y, el escrito del Ab. Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de 3 de septiembre de 2012, 14h41 (en adelante **“la PGE”**). **2.-** Los accionantes solicitan ampliación de la sentencia de mayoría de 24 de agosto de 2012, 13h15, arguyendo que ésta utiliza una supuesta falta de motivación de la sentencia casada expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca el 14 de enero del 2010, 15h25, en la estimación de la indemnización, para finalmente fijar una más reducida y sin la debida motivación, y solo por la muerte de Claudia Ávila Larriva. Dice también que se debió tomar en cuenta fallos expedidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que si bien en cada caso tienen sus diferencias, se refieren a muerte de personas ocasionadas por agentes del Estado. Que si bien la sentencia reconoce normas constitucionales de protección e invocación de derechos fundamentales, la Sala debería ampliar su fallo sobre el monto de la indemnización que fija, para que éste sea compatible con el principio constitucional de integralidad, equidad y ponderación. Además indica, que mal se puede hacer aparecer al funcionario Ministro como corresponsable de responsabilidades operacionales que competen exclusivamente a los jefes militares. Finalmente, piden que se amplíe la sentencia, estableciendo la indemnización que corresponde a la responsabilidad del Estado en la muerte de Guadalupe Larriva, que si bien como

Ministra de Defensa era la máxima autoridad administrativa de las FF.AA, no era la responsable de las operaciones militares, en las que irresponsablemente y violando normas legales y reglamentarias se la involucró por parte del alto mando militar y los oficiales presentes en el sitio de la tragedia; que en todo caso, la sentencia, cuya ampliación piden, establece en los considerandos la responsabilidad objetiva del Estado tanto en la muerte de Claudia Ávila como en la de Guadalupe Larriva, sin embargo, en la parte resolutive sólo se obliga a indemnizar la muerte de Claudia Ávila, en la que sin duda la responsabilidad del Estado es mayor, por los argumentos que desarrolla la sentencia. **2.1.-** Al respecto, la PGE contesta que los accionantes lo único que pretenden es que la Sala establezca un monto mayor de indemnización al resuelto, y además que se amplíe la sentencia estableciendo otra indemnización por la muerte de la Dra. Guadalupe Larriva, lo cual no es factible conforme el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). Que de la lectura de la sentencia se concluye que en la misma se explicaron las razones para llegar al valor de indemnización, y extensamente se explicó por qué no procede que el reconocimiento de indemnización alguna por parte del Estado por la muerte de la Dra. Guadalupe Larriva, y termina solicitando se rechace por improcedente la ampliación solicitada por los accionantes. **3.-** Para resolver la ampliación solicitada por los accionantes, se considera que: **3.1.-** En la sentencia de mayoría de 24 de agosto de 2012, 13h15, se dijo: **“3.3.- Este Tribunal de casación se percata de que efectivamente la sentencia del Tribunal de Instancia no es nada clara, al pretender aplicar al presente caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión, pues el traer a colación (para fundar incluso el valor de la indemnización) el tristemente célebre caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, que se trató ante una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila, pues emular los dos casos, sería como tácitamente aceptar que en este caso hubo, por ejemplo, el delito de torturas de por medio, lo cual es inaceptable. Simplemente el Tribunal de instancia dice que “Por**

los antecedentes expuestos, este Tribunal, toma un punto de referencia, aunque también rebatible y es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, a quien el Estado ecuatoriano, el 12 de junio de 1998, le había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos, siendo de resaltar que la Corte Interamericana, aprueba en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana.”, **es decir -sin más- se toma “como punto de referencia” un caso que no se parece en nada al que aquí se discute, donde definitivamente no existen posibles torturas, ni supuesta desaparición forzosa ni situaciones parecidas.** Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la sentencia de instancia incurrió en la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación propuesta por la Procuraduría General del Estado, y así se lo declara, haciendo por tanto innecesario continuar analizando las demás causales de casación propuestas para este efecto.”. **3.2.-** Por otra parte, en la sentencia de mayoría, también se dijo: **“6.4.- Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila Larriva, pues ella era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno** (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica). **6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho;**

**pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas,** pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, **pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales... Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de soportar. SIETE.- 7.1.-** Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de la Srta. Claudia Ávila Larriva, tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir. **7.2.-** Consta en el proceso el acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007, de la cual aparece que la H. Junta de Defensa Nacional contrató una póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves N° MTRX-000000-2183 para pasajeros con Interoceánica C.A. de Seguros y Reaseguros, en la cual se fija el monto de la indemnización en US\$ 75.000,00 por muerte de cada pasajero. **Las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables para calcular los valores de sus pólizas, por lo que este Tribunal decide tomarlo en cuenta, como un punto de referencia válido.”. 4.-** Por todo lo anterior, **se niega el pedido de ampliación de los accionantes, respecto de la sentencia de mayoría mencionada, conforme se explica en los numerales 3.1. y 3.2., por cuanto se ha resuelto sobre todos los puntos controvertidos. 5.-** Por otra parte, la PGE solicitó: “He sido notificado con su sentencia dictada el 24 de agosto de 2012, a las 13h15, en la cual se casa la sentencia venida en grado, se manda a pagar al Ministerio de Defensa Nacional la suma de ciento cincuenta mil dólares y se “conmina a la Procuraduría General del Estado para que recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado, instaure los procedimientos

y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición”. Con fundamento en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicito amplíe y aclare la sentencia en los siguientes puntos: **1.** Sírvanse indicar el fundamento legal y fáctico por el que se manda a pagar al Ministerio de Defensa Nacional, ente público que no fue parte procesal del presente litigio, ya que el demandado fue el Presidente de la República. **2.** Sírvanse precisar cuáles “instancias administrativas” debe cumplir la Procuraduría General del Estado, conforme lo ordenan la parte resolutive, con la indicación de la normas legales que debe observar. **3.** Finalmente les solicito indicar los nombres, apellidos y cargos de los funcionarios y servidores públicos contra quienes debe ejercer el derecho de repetición esta institución, conforme se le “conmina” en el fallo. Nótese que en la propia sentencia se dice que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente.”. **5.1.-** Al respecto los accionantes contestaron que: “Es lamentable que a propósito de una petición de “ampliación y aclaración”, una respetable institución del Estado, como es la Procuraduría, persista en su actitud de tergiversar los hechos y de encontrar justificativos para no cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales. En efecto tergiversando el contenido de la sentencia se permite afirmar, insistiendo en su posición inicial “que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente” y que se “le indiquen los nombres, apellidos y cargos de los funcionarios y servidores públicos contra quienes debe ejercer el derecho de repetición”. “No sería extraño que con ese razonamiento pretenda seguir la acción de repetición contra los familiares de Guadalupe Larriva...”. **6.-** Para resolver lo pedido por la PGE, se considera lo siguiente: **6.1.-** Respecto a la última parte del punto tres del escrito de la PGE, que dice “Nótese que en la propia sentencia se dice que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente.”, **es una interpretación de la PGE, pues la sentencia de mayoría dijo, como ya se mencionó anteriormente: “6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/ una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que**

**deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales... Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de soportar.”.** **6.2.-** Y en el punto 7.2.1. de la sentencia de mayoría, también se dijo: “**7.2.1.-** Ahora bien, **las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad (17 años).** Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse “más” -y no “menos”- seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, mas aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. **Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 “le fallaron” a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama; menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada en el punto 7.2.** Un hecho como éste no debería repetirse nunca más.”. **6.3.-** Además, este aspecto queda claramente determinado en la parte resolutive misma de la sentencia, que dice: “**2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda**

*Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas...en contra del Estado Ecuatoriano.”* 7.- Respecto al punto 1 del escrito de la PGE antes señalado, el demandado no fue, como se dice, el titular de la Función Ejecutiva sino “el Estado Ecuatoriano” por responsabilidad objetiva, lo cual es diferente. En tal sentido la sentencia de mayoría consideró: **“6.2.- Este Tribunal de Casación acepta, por todo lo anteriormente manifestado, lo aseverado por los demandantes en el sentido de que “Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva.” (Las negrillas son nuestras). Efectivamente, estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, conforme ya se ha analizado siguiendo la doctrina más actualizada del Derecho Administrativo al respecto, pero únicamente con relación a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, como pasamos a mencionar.”; por lo que dado que en la parte resolutive de la sentencia de mayoría se declaró que: **“2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas... 3) El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera...”**. **Evidentemente el Estado Ecuatoriano ejerce su soberanía a través de un sinnúmero de órganos y dependencias del poder público, conforme el artículo 1 y 225 de la Constitución de la República, entre los cuales, consta el Ministerio de Defensa****

**Nacional, acorde al artículo 3, entre otros, de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.** 8.- El Art. 11, numeral 9 de la Constitución de la República, dice: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:.. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. **El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido**, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.” (lo destacado nos corresponde). **8.1.- Por tanto, tratándose de un caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado declarado en sentencia, es necesario que para determinar “a las personas responsables del daño” se deba iniciar las acciones que el representante judicial del Estado juzgue conducentes a tal fin. Este Tribunal de Casación, conforme las atribuciones y competencia otorgadas por la Constitución y la ley, conoció únicamente el presente recurso de casación de la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, en consecuencia no puede llegar a determinar responsables subjetivos por el daño producido, ya que aquello no se está juzgando; y por tanto, previamente a declarar la responsabilidad subjetiva de cualquier persona, se deberá cumplir con las garantías consagradas en la Constitución de la República referentes a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (Arts. 75 y 76), a efecto de que las personas a las que eventualmente se les podría o**

no imputar dicha responsabilidad, tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos de defensa y contradicción en el proceso correspondiente. **Por lo que el pedido de ampliación y aclaración de la PGE deviene en improcedente. 9.- Por todo lo anterior, tampoco procede la aclaración y ampliación solicitada por la Procuraduría General del Estado, pues la sentencia es completa y clara en todos sus puntos.** Tómese en cuenta el casillero judicial N° 1501 señalado por la Presidencia de la República, mediante escrito de 24 de septiembre de 2012. Notifíquese.- ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua (VS), Jueces Nacionales, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Certifico.- Dra. Yashira

Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora. **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-** Quito, a 3 de octubre de 2012; las 15h05; **VISTOS** (139/10): Dr. José Suing Nagua, al ser el autor del voto salvado, no me corresponde pronunciar sobre las peticiones de ampliación y aclaración que se formulan respecto del fallo de mayoría; en tal virtud, suscribo la providencia que antecede únicamente por obligación legal. **Notifíquese.** ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua (VS), Jueces Nacionales, y Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.

### 3.4.3. Juicio N° 149-2010

**Asunto:** Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba

**Jueza Ponente:** Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 26 de julio de 2012 a las 10h30

**VISTOS:** En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones de 30 de enero y 28 de marzo de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en la secretaría de esta Sala, somos competentes y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme el artículo 1 de la Ley de Casación y el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. Que el Conjuerz Nacional que también suscribe esta sentencia, asume la competencia conforme el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante oficio N° 1058-SG-CNJ-LNC de 19 de julio de 2012 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia **I. ANTECEDENTES**  
**1.1.-** El doctor Wilson Pompilio Quezada Cáceres interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 de Cuenca, de 2 de febrero de 2010 a las 10h05; dentro del juicio que sigue en contra del Procurador Gene-

ral del Estado (al considerar que el Ministerio de Educación no tiene personería jurídica) en la cual *“desecha la demanda por improcedente”*. **1.2.-** El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto a la primera Causal indica que la sentencia incurre en la falta de aplicación de los artículos 15, 16 y 17 del Acuerdo Ministerial No 446 del Ministerio de Educación de 12 de diciembre de 2007 y de la letra b) del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y errónea interpretación del artículo 12.1 del mismo Acuerdo Ministerial. Con respecto a la tercera causal indica que en la sentencia existe una falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por transgresión de los artículos 39 y 77 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 115 del Código de Procedimiento Civil. **1.3.-** La Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 30 de agosto de 2012 a las 16h15, avoca conocimiento y resuelve aceptar el recurso interpuesto y dispone correr traslado a las partes, por el término de cinco días, término dentro del cual ninguna de las partes se pronunció. Pedidos los autos para resolver, se considera: **II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 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 de los problemas jurídicos a resolver:** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, a continuación procederá a examinar si la sentencia, sujeta al análisis casacional por el legitimario, tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: a) ¿El fallo de instancia, incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 15, 16 y 17 del Acuerdo Ministerial No 446 del Ministerio de Educación de 12 de diciembre del 2007 y de la letra b) del artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al supuestamente existir inobservancias al procedimiento administrativo de concursos de mérito y oposición? b) ¿El fallo de instancia, incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 12.1 del referido Acuerdo Ministerial 446, del Ministerio de Educación, por cuanto en sentencia se consideró que los puntajes adicionales solo son considerados en caso de empate? c) ¿El fallo de instancia, incurre en la causal tercera de la indicada Ley de Casación por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que hayan conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia? **III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS 3.1.-** En primer lugar, hay que señalar que la casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo realizar un control de legalidad de las sentencias que se ponen en conocimiento de la Corte de Casación, verificando la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, teniendo como impedimento la revaloración de la prueba, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. **3.2.-** Planteadas las problemáticas a resolver, esta Sala considera: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación establece: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que ha-*

*yan sido determinantes de su parte dispositiva.”* En esta causal, se prevén tres formas diferentes de infracción del derecho, correspondientes al error in iudicando o error en juicio, las cuales se constituyen en equivocaciones diferentes que puede perpetrar un juzgador. El yerro de falta de aplicación, es la omisión que realiza el juzgador en el manejo de las normas, que debían clara y razonablemente utilizarse en una situación concreta. La errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador. **3.3.-** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, establece: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.* Esta causal se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva y contempla varias situaciones jurídicas que no pueden darse simultáneamente y que deben ser individualizadas para su pertinente demostración en cada caso. En estos vicios relativos a los preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, es necesario cumplir con las siguientes condiciones recurrentes: 1.- Identificación en forma precisa del medio de prueba que a su juicio ha sido erróneamente valorado en la sentencia; 2.- Establecimiento con precisión de la norma procesal sobre valoración de prueba que ha sido violada; 3.- Demostración con lógica jurídica en qué forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y, 4.- Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido aplicada a consecuencia del yerro en la valoración probatoria. **3.4.-** En relación al problema jurídico planteado en el literal a) del numeral 2.2 del presente fallo se analiza: Los artículos 15, 16 y 17 del Acuerdo Ministerial No 446 del Ministerio de Educación, se refieren a disposiciones que regulan los procesos de designación de autoridades de establecimientos educativos públicos de todos los niveles y modalidades vigentes a la fecha del concurso, y disponen lo siguiente: *“Art. 15. Del perfil de proyecto y sustentación.- Cada concursante diseñará un perfil de proyecto de gestión educativa, de acuerdo al cargo para el*

que concursa, en las fechas y lugares que se establecerán. El tiempo para el diseño del proyecto será de hasta dos horas y la sustentación de treinta minutos, ante un jurado calificador, inmediatamente después de haberlo diseñado.”; “Art. 16. De la entrevista.- Después de la sustentación del perfil del proyecto, el jurado calificador realizará una entrevista al participante durante un máximo de treinta minutos. La calificación del perfil del proyecto, sustentación y entrevista se realizará mediante matrices previamente elaboradas por el Ministerio de Educación”; y, “Art. 17. El jurado calificador estará conformado de la siguiente manera: a) Un padre, madre o representante, elegido en asamblea de padres para presidir el jurado. b) Un padre, madre o representante, elegido en asamblea de padres para ser miembro del jurado. c) Dos representantes de los docentes elegidos por la junta general de directivos y profesores. d) Un delegado de los estudiantes, para lo cual cada paralelo seleccionará a su representante quien participará en una sesión especial convocada por el Rector o Director. En esta sesión los representantes nombrarán a su delegado que les representará en el jurado calificador. Este delegado se nombrará en los establecimientos que tengan desde octavo año en adelante.”. El artículo 56 de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo vigente a la fecha de presentación del recurso y que actualmente continúa vigente dispone: “Art. 56.- Si propuesta la demanda en lo contencioso administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía Administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal. El Tribunal, previa comprobación de lo alegado, declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del proceso.”. En este punto el recurrente comete un error al citar el número del artículo pues hace mención al literal “b)” del artículo 56 y se refiere a la nulidad del proceso, por lo que se debe entender que el artículo al cual quiere referirse en el recurso es el artículo 59 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dispone: “Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: (...) b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o in-

cumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”. Según el recurrente existe falta de aplicación de estas normas de Derecho porque el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo no consideró que el procedimiento para la designación del Jurado Calificador y convocatoria, dentro del concurso, estaba viciado de nulidad insubsanable, que causaba la nulidad del proceso, nulidad que debió declararse a su criterio de oficio. A este respecto indica que “El presidente del Comité de Padres de Familia fue el exponente y la convocatoria no podía hacerse por la Rectora o cualquier autoridad del Plantel. Por lo manifestado, hubo falta de aplicación de la norma contenida en la letra b) del Art. 56 (SIC) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En este aspecto hay que analizar separadamente cada una de las normas que supuestamente no han sido aplicadas, es así, que el artículo 15 del Acuerdo Ministerial No 446 establece el perfil del proyecto y sustentación que los concursantes debían realizar en el concurso, así como el tiempo que tendrían para su diseño y la indicación del órgano calificador del mismo; el artículo 16 ibídem establece los parámetros bajo los cuales debían llevarse a cabo las entrevistas a los postulantes y que el presidente del jurado debía ser quien tenía la obligación de remitir los resultados a la Comisión de Excelencia para la docencia de cada Dirección Provincial de la jurisdicción correspondiente; y finalmente el artículo 17 establece la forma cómo debía conformarse el jurado calificador. En el escrito del recurso planteado, no se indica de qué manera se dejaron de aplicar las normas citadas, y únicamente se restringe a señalar que “El Presidente del Comité de Padres de Familia fue el exponente y la convocatoria no podía hacerse por la rectora o cualquier autoridad del Plantel”, aseveración que no guarda relación con la aplicación de los artículos analizados. **3.5.-** En relación a la problemática planteada en el literal b) del numeral 2.2 de la Presente Resolución, es necesario desentrañar el alcance de lo dispuesto en el artículo 12.1 del Acuerdo Ministerial No 446, que establece: “12.1. Bonificaciones.- a) Se dará una bonificación especial de 15 puntos a los aspirantes domiciliados y residentes en el lugar donde se otorga la partida. Se deberá verificar el domicilio y la residencia a través de facturas de servicios públicos y el certificado de votación. b) Se dará una

*bonificación especial de 15 puntos a los aspirantes que tengan cuatro años o más de servicio como docente en el establecimiento educativo donde se crea la partida o la vacante, comprobando a través de un certificado del director del establecimiento educativo con el tiempo de servicio. c) Se dará una bonificación especial de 15 puntos a los aspirantes discapacitados acreditados ante el Consejo Nacional de Discapacidades. En caso de empate, se dará prioridad a los docentes que reciban la bonificación especial por domicilio, experiencia en la institución educativa a la cual aspiran o discapacidad.”.* Esta disposición tiene como propósito adjudicar puntos adicionales a los postulantes quienes cumplen con ciertos perfiles, estableciendo tres presupuestos fácticos o consideraciones que se deben tomar en cuenta para otorgarlos, estos son: 1) Estar domiciliado y ser residente en el lugar donde se otorga la partida, 2) Tener cuatro años o más de servicio como docente en el establecimiento educativo donde se crea la partida o la vacante, o 3) tener capacidades especiales y estar acreditado ante el Consejo Nacional de Discapacidades. Por otra parte la disposición en su último inciso se refiere a la “prioridad” que se les pueda dar a los postulantes en caso de empate en puntaje durante el proceso de méritos y oposición. En definitiva, los puntos adicionales o bonificaciones debían ser otorgados a los postulantes por el cumplimiento de uno de los presupuestos fácticos ya señalados y no estaba condicionado a ningún hecho. En virtud de lo señalado, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo realizó una errónea interpretación de la disposición contenida en el artículo 12.1 del Acuerdo Ministerial No 446, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Casación, esta Sala está obligada a emitir la sentencia que corresponde en méritos de los hechos establecidos en la misma, por lo tanto se procede a realizar el siguiente análisis:

**3.5.1-** En la demanda, el recurrente pretende: a) Que se declare la ilegalidad de los resultados del concurso de méritos y oposición para la provisión del cargo de Rector del Colegio Alejandro Andrade Cordero y de los actos administrativos de calificación del concurso impugnados, y por ende, se le declare triunfador en el concurso. b) Que se declare la ilegalidad de las resoluciones de las Comisiones Provincial y Regional 3 de Defensa Profesional del Ministerio de Educación, de fe-

chas 10 de enero y 10 de marzo de 2009.

**3.5.2.-** Para resolver la pretensión del actor transcrita en el literal a) del punto 3.5.1 de la presente sentencia, esta Sala considera lo siguiente: La documentación probatoria que consta en el expediente es la siguiente: 1) de foja 8 a 91 copias certificadas del expediente administrativo remitido por la Directora Provincial de Educación del Azuay. A foja 99, copia certificada de la acción de personal 00071 de 16 abril de 2009, en la cual se la designa a la señora Bella Pilar Quintuaña Coronel, como Rectora del Colegio Técnico Alejandro Andrade. A foja 108 el oficio 149 DN-DI-NET de 19 de septiembre en el cual la Directora Nacional de Educación Técnica señala: “(...) *me permito informar a usted que el Acuerdo Ministerial 446 de 12 de diciembre de 2006, indica que «en caso de empate se dará prioridad a los docentes que reciban la bonificación especial por domicilio, experiencia en Institución educativa la cual aspiren o discapacidad» en tal virtud las bonificaciones se aplicarán únicamente en el caso indicado.*”. A fojas 36 y 37 copias certificadas del informe contenido en el oficio No 008-DRPE-09 de 05 de marzo de 2009 suscrito por el Máster Mario Guartazaca, Lic. Marco Quintero Z., Dr. Jorge Astudillo y Lic. María Pauta L. De fojas 146 a 161 copia certificada del proyecto presentado por el accionante. En este punto es importante indicar que en ninguna parte del expediente se encuentran los resultados obtenidos por todos los postulantes, resultados que de acuerdo a su impugnación el actor buscaba sean declarados ilegales, lo cual no procede pues no existe presupuesto fáctico real que permita al juzgador formarse un criterio respecto a cómo deberá resolver en Derecho. Adicionalmente el actor buscaba con su impugnación que se le declare ganador con la sumatoria del puntaje adicional en virtud de la bonificación prevista en el artículo 12.1 del Acuerdo Ministerial No 46. De haberse valorado los documentos del domicilio y adicionarse los puntos respectivos, al no existir prueba en el expediente que establezca el puntaje total obtenido por la otra postulante para proceder a la comparación, este Tribunal se ve imposibilitado de aceptar la pretensión del actor. Por otro lado la pretensión del recurrente en la demanda es “*que se declare la ilegalidad de los actos administrativos de calificación del concurso impugnados, y*

por ende, se le declare triunfador en el concurso”, lo cual tampoco procede ya que no singulariza cuales son los actos administrativos que pretende que sean declarados ilegales. **3.5.3.-** Para resolver la pretensión del actor transcrita en el literal a del punto 3.5.1 de la presente sentencia, es necesario identificar los actos administrativos impugnados, los mismos que no se encuentran dentro del expediente, por lo tanto esta Sala no puede pronunciarse respecto de la ilegalidad de los mismos. **3.6.-** En lo relativo al tercer problema jurídico planteado; de conformidad con el numeral 3.3. de la presente resolución, al invocar el recurrente que ha existido falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, las cuatro condiciones concurrentes necesarias para realizar el respectivo análisis de la causal tercera del artículo de la Ley de Casación, no son observadas en el presente caso, esto es, identificación del medio de prueba que ha sido erróneamente valorado; la indicación de la norma adjetiva sobre valoración de prueba que ha sido violada; la demostración de la forma en que ha sido violada la norma adjetiva y la identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido

aplicada a consecuencia del yerro; por lo que no es meritorio realizar estudio alguno del presente problema. Sin otras consideraciones que realizar. **IV.- DECISIÓN** Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Contencioso Administrativo 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**, expide la siguiente: **SENTENCIA 1.** Acepta el recurso de casación interpuesto por el actor doctor Wilson Pompilio Quezada Cáceres. **2.** En virtud el artículo 16 de la Ley de Casación, se desecha la demanda presentada por el actor, doctor Wilson Pompilio Quezada Cáceres, pues sus pretensiones no han sido debidamente sustentadas mediante pruebas durante el proceso judicial respectivo, en los términos del punto 3.5 de esta sentencia. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese. ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia; Jueces Nacionales y Dr. Richard Villagómez Cabezas; Conjuez Nacional.- Certifico: Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora (E) Lo que comunico a usted, para los fines de ley Dra. Yashira Naranjo Sánchez.

#### **3.4.4. Juicio N° 176-2007**

**Asunto:** Silencio Administrativo

**Jueza Ponente:** Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Quito, 6 de Agosto de 2012 a las 16h02.- **VISTOS:** En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de transición, mediante Resolución N° 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en la secretaría relatora, somos competentes y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme el artículo 1 de la Ley de Casación y el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. Que el Conjuez que también suscribe esta sentencia, asume la competencia conforme el artículo 174 del Código Orgánico de

la Función Judicial, mediante oficio No. 1133-SG-CNJ-LNC de 27 de Julio de 2012 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **I. ANTECEDENTES. 1.1.** El señor Jorge Eduardo Mahauad Witt, por sus propios derechos, interpone Recurso de Casación en contra de la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2006, por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación N° 8963-2001 que rechaza la demanda presentada. **1.2.** El recurrente alega que se infringieron los artículos 23 numeral 15 de la Constitución de la República, 28 inciso primero de la Ley de Modernización del Estado, y 66 de la Ley de Mercado de Valores, fundamentado su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Con relación a la causal primera el recurrente señala que en la sentencia hay una errónea

interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y falta de aplicación del artículo 66 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores. Con relación a la causal tercera el recurrente señala que existe una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. **1.3.** La Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional, mediante providencia de 25 de junio de 2008, admitió el Recurso Extraordinario de Casación respecto a los numerales primero y tercero del artículo 3 de la Ley de Casación. Pedidos los autos para resolver, se considera: **II. ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 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 recursos, y no existe nulidad alguna que declarar. **2.2. Determinación de los problemas jurídicos a resolver:** Conforme providencia de 25 de junio de 2008, la Corte Suprema de Justicia admitió a trámite el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto en lo referente a las causas primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; por lo tanto, el presente Recurso de Casación versará sobre estas causales. En tal virtud, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia, sujeta al análisis casacional por el legitimario, tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: a) ¿El fallo de la instancia, incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, al supuestamente haber realizado una errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado?. b) ¿El fallo de instancia, incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, al existir una falta de aplicación del artículo 66 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores?. c) ¿Se configura la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, al supuestamente haberse interpretado erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba?. **III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS. 3.1.-** En primer lugar, hay que señalar que la Casación es un Recurso Extraordinario que tiene como objeto la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, teniendo como impedi-

mento la revaloración de la prueba, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. **3.2.-** Planteada la problemática a resolver, esta Sala considera: La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación establece: *“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.”* En esta causal se prevén tres formas diferentes de infracción del derecho, correspondientes al error in judicando o error en juicio, las cuales se constituyen en equivocaciones diferentes que puede perpetrar un juzgador. El vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se produce, cuando el juzgador equivocadamente atribuye a una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, disposición que es diferente a la relación sustanciales del precepto y que por tanto no debía utilizar. La falta de aplicación es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas, que debían clara y razonablemente utilizarse en una situación concreta. La errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador. **3.3.** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, establece: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que haya conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.* Esta causal se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva y contempla varias situaciones jurídicas que no pueden darse simultáneamente y que deben ser individualizadas para su pertinente demostración en cada caso. La falta de aplicación es el vicio en que incurre el juzgador en la omisión de aplicar los preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba. Adicional, en cualquiera de las situaciones previstas para esta causal, es necesario cumplir con las siguientes condiciones recurrentes: erróneamente valorado en la sentencia; 2.- Establecimiento con precisión de la norma procesal sobre valoración de prueba que ha sido violada; 3.- Demostración con lógico

jurídica en qué forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y, 4.- Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido aplicada a consecuencia del yerro en la valoración probatoria. **3.4.-** Es necesario precisar que no es materia de casación cualquier error de Derecho, sino aquellos que por su transparencia tengan influencia decisiva en el fallo, como ordenar la Ley de Casación: “que hayan sido determinantes en su parte dispositiva” (artículo 3, primera causal) o cuando la aplicación indebida o falta de aplicación de normas procesales provocan nulidad o indefensión “siempre que hubieren influido en la decisión de la causa” (artículo 3, segunda causal). **3.5.-** En relación al problema jurídico planteado en el literal a) del numeral 2.2. de la presente resolución se analiza: a) El cargo en contra de la sentencia recurrida, apoyado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto a la errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización, de conformidad con el fallo recurrido, en su considerando QUINTO se determina: “...Del proceso consta que el 24 de mayo de 2001 el actor Eduardo Mahauad Witt, remite al abogado Luis Villacís Guillén en su calidad de Gerente General de la Agencia de Garantías de Depósito -AGD- afirmando que los valores entregados a Bancomex se encuentran amparados por la garantía de la AGD, ante lo cual el 5 de julio del 2001 con oficio AGD-GG-G01-519, el Gerente de la AGD le contesta que el hecho de haber presentado una acusación particular en contra de Bancomex en su calidad de Representante Legal de esa Institución, no constituye de manera alguna, reconocimiento que dichos valores se encuentran garantizados por la AGD pues tal actuación, la hizo en ejercicio de la representación concedida por la Ley. El argumento de que ha operado el silencio administrativo en favor del actor porque la contestación de la AGD se ha realizado luego de los quince días determinado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, no es válido por las siguientes razones: **a)** para que tenga vigencia el silencio administrativo positivo se requiere que la petición del administrado sea legal y posible; **b)** El silencio Administrativo constituye un plazo de caducidad que sanciona la negligencia administrativa y una garantía del derecho en petición a obtener una oportuna respuesta, por tanto, reviste las características de una presunción genera un verdadero derecho autónomo

a favor del peticionario; **c)** El actor, no ha probado que los depósitos realizados en Bancomex y Lincoln and Trust Co., fueron debidamente registradas a nombre del señor Eduardo Manahuad Witt, hecho que se desprende de la revisión de la contabilidad de dichas instituciones bancadas, tal como lo dispone el art. 21 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, que textualmente dice: - **De la Garantía de Depósitos.** Respecto de las IFIS, que se encuentren sometidos al Procedimiento de Saneamiento el Estado ecuatoriano garantiza el pago de la totalidad de los saldos de depósitos y otras captaciones vigentes y por contratarse, con los mismos correspondientes intereses calculados hasta el día anterior al inicio del Procedimiento de Saneamiento, de personas naturales y jurídicas domiciliadas en el país y en el extranjero, debidamente registradas en las IFIS y de las otras entidades integrantes del mismo grupo financiero,...- Si este mandato de Les es claro y el actor no ha probado que sus acreencias se encontraban debidamente registradas en Bancomex S.A. (en saneamiento) y Lincoln Banck Trust Ltd., no se encuentra registrada ningún depósito o inversión a nombre del Señor Eduardo Mahauad Witt, resulta inaceptable pretender la obtención de un beneficio jurídico sin que exista causal legal alguna para tal pretensión. Por otra parte si tales acreencias no estaban debidamente registradas a la fecha en que las mencionadas instituciones bancadas fueron sometidas a saneamiento, (no consta del proceso ninguna razón en contrario), no cabe la alegación que ha operado el silencio administrativo a favor del actor...” b) El inciso primero del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado publicado en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993 dispone: “DERECHO DE PETICIÓN.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su prestación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante...” c) El silencio administrativo en el Ecuador nace de la necesidad de evitar la incertidumbre en la relaciones

jurídicas y con miras a defender los derechos subjetivos de los administrados. Para una mejor comprensión de esta figura, es necesario realizar un análisis de su valor jurídico. En un principio, el silencio administrativo es consecuencia de la violación del deber de la administración de dar una respuesta oportuna a las peticiones de los administrados. Por tal, esta institución en nuestro ordenamiento jurídico se ha concebido como un modo no regular la conclusión de los procedimientos administrativos. La Administración Pública tiene la obligación constitucional de resolver, principio nacido de la correlación del artículo 23 numeral 15 de la Constitución Política, *“El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”* Esta actuación debe ser oportuna, expresa u pertinente. La falta de actividad del Estado, se convierte en un quebrantamiento a este principio y por tal una ilegalidad, la cual conlleva unos determinados efectos. En la teoría del acto administrativo, el elemento esencial es una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos, al contrario, el silencio administrativo se produce cuando la Administración se abstiene de expresar una declaración, es decir la voluntad de la Administración es inexistente, en consecuencia el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de un hecho jurídico, es decir en la ejecución de un silencio administrativo positivo, habrá que analizar en cada caso algunos elementos de vital relevancia, como el de la competencia, el de posibilidad del objeto, el de causa lícita, el de que las pretensiones no sean contrarias a la Constitución, al ordenamiento jurídico, etc.; y esto es lo que precisamente se observa en el fallo recurrido. En su considerando QUINTO se realiza esta calificación, en virtud de las pruebas aportadas en la causa y de las causales este Tribunal se ve impedido de valorarlas nuevamente, dada la naturaleza del control de legalidad que impera en la casación; por lo que no se configura en la sentencia el yerro de errónea interpretación de la norma aquí analizada. **3.6.-** Respecto al problema jurídico planteado en el literal b) del numeral 2.2 de la presente resolución, según el recurrente, quien tenía la obligación jurídica de realizar el registro contable

de sus depósitos eran los personeros del banco por tanto en el fallo se deja de aplicar el artículo 66 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 215 de 22 de Febrero de 2006, que contenía esta disposición, más esta Sala establece que en el fallo recurrido el juzgado basa su resolución en que el actor no ha probado que los depósitos realizados en el Bancomex y Lincoln and Trust Co., fueron debidamente registrados a su nombre, motivo por el cual rechaza las pretensiones del actor, más la disposición aludida por el casacionista, al estar directamente relacionada con la valoración de la prueba presentada por el actor en la respectiva instancia, esta Sala se ve impedida de realizar un nuevo análisis de dicha norma aplicable al caso, ya que devendrá en una nueva valoración de los elementos de prueba. **3.7.-** En lo concerniente al tercer problema jurídico planteado, analizado el escrito del recurrente, se observa que no cumple con las condiciones descritas en el numeral 3.3. del presente fallo, esto es la identificación del medio de prueba que ha sido erróneamente valorado en la sentencia; el establecimiento de la norma procesal violentada sobre valoración de prueba; la demostración jurídica de la forma en que ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba y la identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido aplicada a consecuencia de este yerro; en consecuencia se desecha la pretensión del recurrente en este punto. Sin otras consideraciones que analizar. **IV.- DECISIÓN.** Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente **SENTENCIA. 1.-** Declara sin lugar el recurso de casación interpuesto. Notifíquese, publíquese y devuélvase.- ff) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia; Jueces Nacionales y Dr. Richard Villagómez Cabezas; Conjuez.- Certifico Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora. (E) Lo que comunico a usted, para los fines de Ley. Dra. Yashira Naranjo Sánchez SECRETARIA RELATORA

### 3.5. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

#### 3.5.1. Juicio Nº 105-2010

**Asunto:** Declaración de nulidad por incompetencia del Tribunal  
**Jueza Ponente:** Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.** Quito, a 18 de Junio de 2012, Las 12h15.  
**VISTOS:** Avocan conocimiento de la presente causa, el doctor José Suing Nagua y la doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Juez y Jueza Nacionales, en virtud de la Resolución Nº 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura y por la Resolución de 30 de enero de los corrientes, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; en razón de la excusa del doctor Gustavo Durango Vela, Conjuez de la Sala y en atención al sorteo de 22 de mayo de 2012, viene a conocimiento de la Doctora Magaly Soledispa, Conjueza. En lo principal, la abogada Yolanda Nevárez Zurita, procuradora judicial de la compañía HOLCIM ECUADOR S.A., interpone recurso de casación en contra del auto de nulidad, dictado el 8 de febrero de 2010 por la PRIMERA Sala del Tribunal Distrital Fiscal Nº 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de acción directa Nº 3644-2198-01-IS propuesto en contra del "Juez" de Coactivas del Servicio de Rentas Internas. Esta Sala califica el recurso de casación y la Autoridad Tributaria lo contesta el 30 de marzo de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** La procuradora judicial de la empresa actora fundamenta su recurso en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, argumentando errónea interpretación de los artículos 218, 234, 235 y 236 del Código Tributario, pues a su decir, no se

han considerado las facultades/atribuciones que para el pago de regalías mineras, esas disposiciones concedieron en su momento al Ministerio de Finanzas y a la entonces Dirección General de Rentas y que después fueron asumidas por el Servicio de Rentas Internas, sin embargo estas disposiciones, al momento de interpretarlas no las ubicaron en el tiempo en que se emitieron los títulos de crédito, en el que se dictó el auto de pago y por tanto, en el tiempo que se presentaron las excepciones. Considera también que existió falta de aplicación de la Disposición Transitoria de la Ley 41 (R.O. 206 de 2-XII-1997) que de manera expresa transfirió al SRI las facultades que anteriormente tenía la Dirección General de Rentas, que fue dependencia del Ministerio de Finanzas, al que la Ley de Minería otorgó jurisdicción coactiva para el cobro de regalías mineras, así como del artículo 63 (hoy 64) del Código Tributario que determina a quien le corresponde la administración tributaria central, a través de quien la ejerce. Señala además que el artículo 1 de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial Nº 220 de 28 de junio de 1993, determina la competencia de los Tribunales Distritales Fiscales para resolver las acciones directas interpuestas. Argumenta que en el auto motivo del recurso La Sala de instancia establece el concepto de Regalías Minera, luego de invocar la parte pertinente del artículo 163 de la Ley Minera "vigente a esa fecha", que en cuanto a la jurisdicción coactiva para el cobro de patentes, regalías y tributos, ingresos estos últimos que es a los que se refiere el Código Tributario y que consiguientemente, son los que están dentro del ámbito de su competencia en razón de la materia y por lo tanto

concluyen que no se debió dar trámite a la demanda y que al haberlo hecho ha dado lugar a que se produzca la nulidad de todo lo actuado en la presente causa, por falta de competencia, nulidad que así se la ha declarado. Que el proceso se inició por la supuesta falta de pago de los títulos de crédito emitidos por el Jefe Provincial de Recaudación de la Dirección General de Rentas, que entonces era una dependencia del Ministerio de Finanzas. Que la obligación de pagar las regalías mencionadas en los títulos de crédito estaba establecida en la Ley de Minería No. 126 que se promulgó en el R.O. de 31 de Mayo de 1991, para posteriormente expedirse la Ley 41 de Creación del Servicio de Rentas Internas, que en su disposición Transitoria Primera Transfirió las competencias de la Dirección General de Rentas a la naciente institución. **TERCERO:** El representante de la Autoridad Tributaria contesta el recurso señalando que niega los fundamentos de hecho y de derecho planteados por el actor y arguye que el asunto en discusión no es si el Servicio de Rentas Internas tiene competencia para el cobro de los valores por regalías mineras que son antecedente del proceso coactivo en cuestión, ya que de eso no hay duda, sino que se trata de dilucidar si el Tribunal Distrital de lo Fiscal tiene competencia para conocer asuntos de naturaleza tributaria. Que el artículo 217 del Código Tributario, contempla claramente el alcance de la jurisdicción contencioso-tributario, y que el presente caso, tal como lo reconoce el actor, corresponde al cobro de regalías mineras, por lo que no es un asunto de competencia de los Tribunales Distritales de lo Fiscal. Razona que si no se está discutiendo la competencia para el cobro de la obligación por parte del SRI, no habría violación alguna de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 41, ni del artículo 63 del Código Tributario, y habiéndose establecido de modo diáfano que el Tribunal Distrital de lo Fiscal no es competente para conocer este tipo de controversias, tampoco se han infringido los artículos 217, 220, 221, 22 del Código Tributario, ni la Resolución de la Corte Suprema de Justicia que cita el recurrente. **CUARTO:** El tema controvertido está relacionado con la competencia del Tribunal de instancia para conocer la demanda de acción directa planteada por la empresa actora en contra del Funcionario Ejecutor del Servicio de Rentas Internas por el cobro de regalías mineras, que a decir del Tribunal

no le corresponde. Para determinar si la Sala de instancia es o no competente para resolver la acción propuesta, esta Sala especializada formula las siguientes consideraciones: **4.1.** Un primer punto que es necesario dilucidar, es el relacionado con la naturaleza jurídica de la denominada "regalía minera", concebida de antaño como el tipo de rentas provenientes de la explotación directa o mediante concesionarios al Estado, son por tanto, ingresos pagados por particulares que explotan yacimientos, minas o bienes susceptibles de producir réditos. La Doctrina ha concebido a las regalías entonces, como un ingreso que deviene del uso o concesión de bienes de dominio privado, pues el Estado no sólo que engloba dentro de los recursos patrimoniales a los bienes del dominio público, son también a aquéllos que bien podrían ser de dominio privado; dentro de éstos, que son lo que el Estado posee y que son viene que pueden satisfacer necesidades individuales o colectivas, pero que no se afectan al uso de todos los habitantes (verbigracia: ríos y sus riberas, lagos costas y playas, entre otros), sino al de determinadas personas vinculadas a ellos por algún tipo de contratación (verbigracia: yacimientos o minas). VILLEGAS, expone incluso que "*son bienes generalmente enajenables y sujetos a los efectos de la prescripción*" (Ver *Curso de Finanzas, Derecho financiero y tributario*, p 69). **4.2.** La denominación "regalía" utilizada por el legislador no obedece de ninguna manera a una concepción de naturaleza tributaria, cuya definición es totalmente opuesta. El tributo conforme el Código Orgánico Tributario Ecuatoriano es el vínculo jurídico personal que se genera entre el sujeto activo y el sujeto pasivo para satisfacer una prestación de dinero, especie o servicios, apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto en la ley, que obedece a un indicio de capacidad económica: como es la renta, patrimonio, prestación de bienes o servicios o de liberalidades. Aunque uno de los elementos de la obligación tributaria es el hecho generador, no podemos aseverar que sólo por existir uno de los indicios el hecho generador estamos ya frente a una obligación tributaria, olvidándonos de los otros elementos de dicha relación jurídica tributaria, pues dicha aseveración llevaría a pensar que un contrato de prestación de servicios podría tener una naturaleza tributaria, lo cual es falaz. Adicionalmente, el Código Orgánico Tributario,

distingue entre los tributos, a los impuestos, tasas y contribuciones, en el art. 1, sin hacer mención a otras definiciones; e incluso, la Ley de Minería, art. 163, a propósito de la facultad de la jurisdicción coactiva del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, distinguía dicha facultad respecto a patentes, regalías y tributos; **4.3.** La Ley de Minería publicada en el Registro Oficial No. 255, de 22 de agosto de 1995, en su artículo 45 no atribuye a las regalías carácter tributario. En el mismo sentido, el artículo 24 del Reglamento General a la Ley de Minería, publicado en el Registro Oficial No. 450, de 4 de junio de 1986, trata a las regalías como ingresos no tributarios y dispone que se depositen en la cuenta corriente única del Tesoro Nacional. **4.4.** Sobre la competencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal, señalaremos que siendo la competencia una facultad derivada de la ley, es ésta y no otra, la que atribuye esta virtualidad; que el art. 217 del Código Orgánico Tributario establece que la jurisdicción contencioso tributaria es la potestad de conocer y resolver las controversias que se susciten por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas proveniente de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario; **4.5.** Vista la institucionalidad, encontramos que la administración de las “regalías mineras”, conjuntamente con las patentes, tributos, intereses por mora y multas, que se generan como consecuencia de esta clase de actividades, le fue otorgado por la ley al Ministerio de Finanzas, al que le reconoce incluso jurisdicción coactiva (art. 163 de la Ley de Minería, publicada en el suplemento al Registro Oficial N° 695 de 31 de mayo de 1991); La Ley 41, publicada en el Registro Oficial No. 206 de 2 de diciembre de 1997, crea el Servicio de Rentas Internas, como administrador de los tributos nacionales, el cual sucede en las atribuciones y responsabilidades que el correspondía al Ministerio de Finanzas y a la Dirección General de Rentas en todo lo relacionado con el sistema impositivo nacional (Disposición Transitoria Primera de la Ley), de allí la justificación de por qué es el Funcionario Ejecutor del Servicio de Rentas Internas el que pone en marcha el procedimiento de ejecución coactiva que ha sido im-

pugnado mediante la acción directa; ahora directa; ahora bien, establecida la naturaleza no tributaria de la “regalía minera” y la institucionalidad responsable de su administración y recaudo, la consecuencia lógica es que el Tribunal Distrital de lo Fiscal no es competente para conocer la acción planteada por la empresa actora, que en la especie, ha sido incluso calificada y desarrollado su trámite, por lo que es procedente la declaratoria de nulidad resuelta. En virtud de las consideraciones que anteceden, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, establecida la procedencia de la declaratoria de nulidad realizada por la Sala de instancia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha el recurso y confirma el auto de nulidad dictado por el Tribunal Distrital No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil y se dispone remitir los autos a dicho Tribunal. Actúe la Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, como Secretaria Relatora encargada por ausencia de la titular. Notifíquese publíquese y devuélvase.- Dr. José Suing Nagua JUEZ NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Magaly Soledispa CONJUEZA. Certifico: Dra. Carmen Elena Dávila Yépez SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. En Quito, a diecinueve de Junio de dos mil doce, a partir de las quince horas notifico mediante boleta la sentencia que antecede a la Abogada **YOLANDA NEVAREZ ZURITA, PROCURADORA JUDICIAL DE LA COMPAÑÍA HOLCIM ECUADOR S.A.** en su casillero judicial N° 3537; y al señor **DIRECTOR REGIONAL LITORAL SUR DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**, en el casillero judicial N° 568 del Ab. Efrén Antonio Minuche Zambrano. Certifico. Dra. Carmen Elena Dávila Yépez SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. **RAZÓN:** En esta fecha y con oficio N° 351-SCT-CNJ, remito al señor Secretario Relator de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 con sede en Guayaquil, las actuaciones de este proceso conjuntamente con al Ejecutoria de la Sala en (105) ciento cinco fojas útiles. Quito, a 6 de Julio de 2012. Dra. Carmen Elena Dávila Yépez SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.

**3.5.2. Juicio Nº 223-2010-GC****Asunto:** Prescripción de la acción de cobro**Jueza Ponente:** Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.**

Quito, 26 de septiembre de 2012, Las 09h10.-

**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. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación, en virtud de lo establecido en los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **I. ANTECEDENTES**

**1.1.-** El Director Regional y el Jefe de Coactivas del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, interponen recurso de casación en contra de la sentencia de 22 de marzo de 2010, expedida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de Acción Directa Nº 6324-4069-05-S4, propuesto por María del Carmen Molina Cabrera, representante legal de la Compañía JORSAN RENTA CARROS CÍA. LTDA. Negado el recurso, se interpuso el de hecho, el cual fue aceptado en auto dictado por esta Sala el 8 de julio de 2010, dándose curso a la casación. Corrido el traslado la empresa actora no lo ha contestado. Concluida la tramitación de la causa y pedidos los autos para resolver, se considera: **1.2.-** El recurrente se fundamenta en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación y alega que al expedirse la sentencia impugnada, se erró en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Tributario y falta de aplicación del artículo 268 del Código Tributario. Sustenta su recurso manifestando: **a)** Que los títulos de crédito tuvieron su origen en las actas de fiscalización que fueron notificadas el 13 de diciembre de 1996 y que el contribuyente Jorsan Renta Carros C. Ltda., no las impugnó, convirtiéndose éstas por efectos de la Ley en actos firmes y ejecutoriados, dando paso así a la emisión de los Títulos de Crédito y posteriormente al inicio del proceso coactivo Nº 87-2004; **b)**

Que ante la declaración de abandono del juicio de excepciones a la coactiva planteado por la compañía Jorsan Renta Carros C. Ltda., en contra del proceso coactivo Nº 87-2004, el efecto del mismo es que queda en firme el acto o resolución impugnadas, y que en éstos casos quedaron en firme los títulos de créditos que dieron origen al proceso coactivo; **c)** Que no cabe, que la parte actora, compañía Jorsan Renta Carros C. Ltda., ponga en controversia nuevamente una materia que ya fue declarada en abandono con sus consiguientes efectos jurídicos, tal como lo dispone la Ley de la materia; **d)** Que la Cuarta Sala del H. Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 2 de Guayaquil, no se pronunció en ningún sentido sobre el abandono. **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 de los problemas jurídicos 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 cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: **A.** ¿Se ha configurado la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por la supuesta errónea interpretación del artículo 55 (ex 54) del Código Tributario en la sentencia recurrida, que llevó a determinar que existe prescripción de la obligación y de la acción de cobro de los títulos de crédito y a su vez; existe una supuesta falta de aplicación del artículo 268 ibídem en la sentencia de marras? **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 revaloración de la prueba, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. **3.2.** Sobre la causal primera

alegada por el recurrente, que tiene fundamento en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Casación, hay que anotar que ésta se trata de una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error in iudicando in jure, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste, una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse: cuando por “falta de aplicación” ya sea por dejar de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión; o cuando por “aplicación indebida” de la norma, ya sea que ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o, cuando se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por “errónea interpretación” sea que la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da entonces, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la norma estatal. **3.3.** Sobre el problema planteado, esta Sala considera: **a)** Al referirnos a la primera parte del mismo, es preciso analizar lo siguiente: **a.1.** La actora, María del Carmen Molina Cabrera, representante legal de la Compañía JORSAN RENTA CARROS C. LTDA., propone juicio de Excepciones, el cual es signado con el N° 5405-3420-04, alegando la extinción total o parcial de la obligación por encontrarse prescritos los títulos de créditos emitidos por concepto de retenciones a la fuente de los ejercicios fiscales 1993, 1994 y 1995 y por impuesto a la renta sociedades de los años 1994, 1995 y 1996; **a.2.** Dentro de este proceso, la Sala Única del Tribunal Distrital N° 2 con sede en Guayaquil, por inacción de la parte actora, mediante auto de 26 de abril de 2005, declaró el abandono de la causa y ordenó la prosecución del procedimiento de ejecución N° 87-2004, por tanto, no cabe continuar alegando la prescripción de la acción de cobro de los títulos de crédito descritos en líneas anteriores, porque éstos quedaron firmes y ejecutoriados, pues la alegación de que si estaba prescrita o no la acción de cobro, concluyó en el juicio de excepciones N° 5405-3420-04 con el auto de abandono dictado; por tanto, la Sala, observa que en la sentencia recurrida, si se ha configurado la causal primera del artículo 3 de la Ley de

Casación por errónea interpretación del artículo 55 (ex 54) del Código Tributario, por cuanto, la Sala juzgadora no tomó en cuenta lo que determina el inciso segundo del mencionado artículo, que a la letra dice: “*Art. 55.- Plazo de prescripción de la acción de cobro.- [...] En el caso de que la administración tributaria haya procedido a determinar la obligación que deba ser satisfecha, prescribirá la acción de cobro de la misma, en los plazos previstos en el inciso primero de este artículo, contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial que ponga fin a cualquier reclamo o impugnación planteada en contra del acto determinativo antes mencionado...*”, en este caso, aún no opera dicha prescripción, por tanto se ha configurado la errónea interpretación del artículo citado, pues como se ha expuesto, siendo la norma cuya transgresión se señala pertinente para el caso, el juzgador de instancia le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley; **b.** Al referirnos a la segunda parte del problema, el cual es, determinar si existe una supuesta falta de aplicación del artículo 268 ibídem en la sentencia de marras, al efecto la Sala observa que, el Tribunal juzgador no tomó en consideración los efectos que produce una declaratoria de abandono, que son: 1.- Poner término al juicio en favor del sujeto activo del tributo, 2.- Queda firme el acto o resolución impugnados, o deja ejecutoriadas las providencias o sentencias de que se hubiere recurrido, y 3.- El Juez o Jueza A quo ordenará la continuación de la coactiva que se hubiere suspendido o su iniciación si no se hubiere propuesto, por lo tanto, no se aplicó el artículo 268 (ex 263) ibídem, pues los títulos de crédito mencionados, por efectos de la declaratoria de abandono del juicio de excepciones N° 87-2004, se encontraban firmes y por ende la acción de cobro continúa. **3.4.** Esta Sala, en virtud del análisis expuesto y de lo establecido en el segundo inciso del artículo 273 del Código Tributario, pasa a conocer sobre la pretensión de nulidad que propusiere la actora, María del Carmen Molina Cabrera, representante legal de la Compañía JORSAN RENTA CARROS C. LTDA. en su demanda, la misma que, no fue considerada en la sentencia recurrida y que textualmente dice: “[...] *la nulidad del Juicio Coactivo N° 87/200, seguida*

en mi contra por **LA UNIDAD DE RECAUDACIONES DE LA DIRECCIÓN REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR**; amparado en el artículo 355, regla 4ta, del Código de Procedimiento Civil [...]" ; al respecto, cabe analizar que para demandar la nulidad del procedimiento coactivo, la norma aplicable para el efecto, es la señalada en el numeral 3 del artículo 221 del Código Tributario que se refiere a las acciones directas, las cuales son: "...1ª. De las que se deduzcan para obtener la declaración de la prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas; 2ª. De las de pago por consignación de créditos tributarios...; 3ª. De las de nulidad de procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan nulidad, según la ley cuya violación se denuncie...; 4ª. De nulidad de remate o subasta en el caso 4 del artículo 207 (ex 208); 5ª. De las de pago indebido o del pago en exceso..." (el subrayado pertenece a la Sala); por tanto se deviene en improcedente solicitar la nulidad del procedimiento coactivo invocando una norma supletoria que se refiere a las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios y más aún, cuando alega la regla cuarta que se refiere a la citación de la demandada al demandado o a quien legalmente lo represente. El artículo 165 (ex 169) del Código Tributario dispone que son solemnidades sustanciales del procedimiento de ejecución: a) Legal intervención del funcionario ejecutor; b) Legitimidad de personería del coactivado; c) Existencia de la obliga-

ción del plazo vencido, cuando se hayan concedido facilidades para el pago; d) Aparejar la coactiva con títulos de crédito válidos o liquidaciones o determinaciones firmes y ejecutoriadas y e) citación legal del auto de pago al coactivado. En la especie, ninguna de estas solemnidades ha sido alegada por el actor como causa para solicitar la nulidad de procedimiento coactivo N° 87-2004, el cual es válido por las consideraciones que en líneas anteriores se expresó. **3.5.** La Sala puede apreciar también, que la pretensión del actor era continuar con la alegación de prescripción formulada en el juicio de excepciones N° 5405-3420-04, el mismo que fue declarado abandonado mediante auto de 26 de abril de 2005, las 15h54, sin percatarse que en este nuevo proceso tenía la obligación legal de probar lo alegado en su demanda, de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 258 del Código Tributario. **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.** Casa la sentencia, en los términos del Apartado 3. Notifíquese, publíquese y devuélvase. F) Dr. José Suing Nagua, Jueza Nacional; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.- Certifica.- f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, Secretaria Relatora Encargada.-

### 3.5.3. Juicio N° 421-2009

**Asunto:** Impugnación de Glosas

**Juez Ponente:** Dr. Gustavo Durango Vela

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

**Quito, 3 de marzo del 2011. Las 16h20.- VISITOS:** Mediante sentencia de 23 de julio del 2009, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, admite parcialmente la demanda presentada por el señor Econ. Roque Sevilla Larea, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo, Gerente General y por tanto representante legal de la compañía METROPOLITAN TOURING C.A., desvanece y confirma varias glosas levanta-

das por la Administración Tributaria, según aparece de la Resolución N° 172006ORREC024988 de 18 de septiembre del 2006, por el Impuesto a la Renta del ejercicio 2001; e igualmente la Resolución N° 117012006RREC023477 de 15 de septiembre del 2006, por el Impuesto al Valor Agregado por los meses de febrero a diciembre del 2002.- Dentro del término concedido en el art. 5 de la Ley de Casación, el Dr. Bernardo Chávez Chimbo, Procurador Fiscal designado por el Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, presenta su escrito

contentivo del pertinente recurso, amparándose para ello en las causales primera, segunda, cuarta y quinta del art. 3 de la referida Ley.- Aceptado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 20 de noviembre del 2009, ha subido en conocimiento de esta Sala para que confirme o revoque tal aceptación, lo que ha sucedido en auto de 6 de enero del 2010 y además se ha corrido traslado a la Empresa para los fines previstos en el art. 13 de la Ley de Casación. La actora se ha pronunciado, dentro de tiempo, en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir 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, en concordancia con el art. 1 de la Ley de Casación. **SEGUNDO.-** El Servicio de Rentas Internas en el escrito que contiene su recurso (fs. 9711 a 9725) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero, segundo, cuarto y quinto del art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha infringido los arts. 258, 259, 83 del Código Tributario, inciso II del art. 20 y art. 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno, art. 23 de su Reglamento de Aplicación, art. 11 de la Ley de Seguridad Social y arts. 217 y 220 del Estatuto Codificado del IESS. En resumen, considera que la sentencia acepta el criterio vertido en el informe del perito dirimente (Econ. Enrique Moncayo), disminuyendo el valor de las glosas determinadas, porque según la Sala no es necesario que los gastos glosados se encuentren justificados en documentos de soporte y que no afecta a los resultados, si un mismo valor de gastos se registra como débito en una cuenta de ingresos o si se registra como gasto, con lo que ha incurrido en falta de aplicación de los arts. 258 y 259 del Código Orgánico Tributario, para lo cual transcribe varias sentencias de esta Sala. Argumenta que era obligación de la Empresa actora conservar y presentar los documentos de soporte emitidos por parte de sus proveedores, y al relevarle de esa obligación, la Sala de instancia dejó de aplicar los arts. 20 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 23 de su Reglamento de Aplicación, pues la sentencia acepta esos gastos reconociendo expresamente que no existen

documentos de soporte. Dice además, que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley (Causal 5ta.), pues no cumple con la pertinente motivación que exige el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución vigente, pues no indica ninguna norma legal en que fundamenta su decisión y sólo se basa en el informe del perito dirimente, que la sentencia no explica a que registros glosados corresponde el valor de \$ 1.407.696,80 que deja sin efecto, ni tampoco a cuales corresponden los \$ 449.875.74 confirmados. Argumenta que se ha resuelto asuntos que no fueron materia del litigio (Causal 4ta.), pues no hay valores glosados por provisiones ni reversos de provisiones. Que la sentencia no aplicó lo señalado en el art. 83 del Código Tributario, puesto que sin haber reclamado y no ser motivo de la resolución y demanda, se desvanece \$ 1,166,939.25, que sin duda es un resultado firme, pues no fue oportunamente impugnado. En la Parte II de su escrito hace una relación extensa y explicativa de que glosa ha sido desvanecida, el monto de lo confirmado y si se presentó o no casación sobre cada una, que la mayoría ha sido aceptado sin que se presenten documentos de descargo y sin registros contables, que en relación a la glosa por \$ 2.060,92 se ha desvanecido pese a que se trata de un gasto que no corresponde al 2001, otro por no relacionarse a un gasto de la actividad de la Empresa, que no es verdad que la glosa por \$ 593.009,64 recién se la haya determinado cuando se emitió la Resolución, que ellos corresponden a documentos de soporte que no reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento de Facturación vigente al 2001, y de dar lugar a ello se estaría dejando sin efecto dos veces el mismo valor. En la parte III del escrito, hace referencia a la glosa por pagos de "remuneraciones" que, conforme lo dispone el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno son deducibles, sólo si han cumplido su obligación de pagar aportes al IESS. En el acápite IV impugna la decisión de la Sala juzgadora por haber desvanecido \$ 706.204,00 con el único argumento de que de confirmarse se estaría duplicando la glosa, pese a que la Empresa se lo deduce con un simple ajuste en "pérdidas de inversiones" y extrañamente realizado el último día del año.- En el apartado V al referirse al Impuesto al Valor Agregado, fundamenta su recurso en que se glosó por los mismos motivos del Impuesto a la Renta, es decir, falta de

documentos de soporte y que la Sala juzgadora los desvanece con el argumento de que tales gastos no deben tener facturas u otros documentos, lo que contradice criterios jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia, cuyos fallos transcribe, argumenta las mismas razones de las causales cuarta y quinta a las que hizo referencia en la impugnación sobre el Impuesto a la Renta. Por todo lo expuesto y en base de las normas referidas, pide se case la sentencia y se confirme las determinaciones hechas por la Administración Tributaria. **TERCERO.-** Por su parte, el representante de la Empresa actora en su contestación al recurso (fs. 4 a 28 del cuadernillo de casación) en defensa de la sentencia, alega que, el argumento del SRI de que no se han presentado documentos de soporte válidos, es totalmente falso, se demostró que su representada cumplió sus obligaciones y llevó su contabilidad conforme a la Técnica y a la ley, se ha demostrado la existencia, motivos y necesidad de haber procedido con los débitos en las cuentas de ingresos y menciona los casos, pues no podía emitir notas de crédito, sin poseer factura o comprobante de venta de su proveedor, porque una reclasificación se efectúa solamente con movimientos contables, y que con ello no se ha perjudicado al fisco pues no se han ocultado o disminuido ingresos, y que el SRI hace mal en creer que sólo hay una forma de demostrar hechos económicos, contables o tributarios, por lo que la sentencia no ha desatendido el mandato de los arts. 258 y 259 del Código Orgánico Tributario, cuando la Sala procedió a verificar las situaciones y relaciones económicas que realmente existieron, por tanto no es válido el argumento expuesto por el SRI sobre la supuesta falta de aplicación de los arts. 20 de la Ley y 23 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. No existe tampoco falta de motivación en la sentencia, pues la Sala formó su criterio valorando la abundante prueba documental (35 cuerpos) sino también por el Informe razonado del perito dirimente, e insiste en el argumento de que ciertos registros contables no requieren documentos de soporte. Sobre los rubros glosados como “provisiones” y “reversos de provisiones”, la Sala acogió las conclusiones a las que llegó el perito dirimente en base de la abundante documentación aportada por su representada. Sobre la supuesta falta de aplicación del art. 83 del Código Tributario, afirma que en su de-

manda impugnó las Resoluciones “en la parte que confirman las glosas”, es decir sin dejar ninguna afuera, por tanto no hay ningún vicio de extra petita como infundadamente alega el SRI, pues incluso todos los peritos se refirieron a ello y también la contestación a la demanda. En relación a la Glosa de Gastos, supuestamente no sustentados y la falta de aplicación de los arts. 258 y 259 del Código Tributario, no corresponde a la realidad, pues el SRI pretende que los hechos económicos sólo pueden ser demostrados de una sola manera: soportes previstos en el Reglamento, pese a que demostramos los hechos que efectivamente existieron y que constan también en 35 cuerpos remitidos, como ejemplo señala el pago por ingreso al Parque Nacional Galápagos que el propio SRI absolvió la consulta en el sentido de que no requiere comprobantes de venta.- Sobre la supuesta falta de aplicación del art. 20 de la Ley y 23 del Reglamento de Aplicación de la misma Ley de Régimen Tributario Interno, con igual argumentación con la que se opuso a la casación por el desvanecimiento de glosas en ingresos, solicita se rechace el recurso por la decisión de la Sala juzgadora en la cuenta Gastos. Por el recurso de casación por el desvanecimiento de la glosa por haber asentado un gasto fuera del período al que corresponde, argumenta que ciertos registros deben hacerse pasado el ejercicio por los trámites de emisión, entrega de comprobantes y el pago mismo, no imputables al adquirente y que la sentencia si aplicó el art. 7 de la LRTI y 200 de la Constitución, igual ocurre con la glosa por gasto no relacionado con operaciones de la Empresa. Sobre la Glosa por USD 593.009,64 supuestamente dejado sin efecto dos veces, que en realidad esa glosa fue añadida por la Administración el momento de la Resolución, lo cual por disposición expresa de la ley no es posible, por tanto los juzgadores a-quo motivaron cabalmente su decisión. Por los aportes al IESS y la falta de aplicación del numeral 9 del art. 10 de la LRTI, aduce que en unos casos si existe tal aporte y en la mayoría no había la obligación legal de hacerlo, pues la Ley de Seguridad Social sólo entró en vigencia a fines del 2001, y dichos pagos fueron sólo ocasionales.- Que la Sala a-quo a valorado las pruebas conforme a derecho y a las reglas de la sana crítica, por tanto no es procedente aceptar el criterio de que existe falta de motivación en la sentencia recurrida. Por el acta de IVA confirmada

en sentencia y recurrida por la Administración, repite los argumentos sostenidos en relación al Impuesto a la Renta. Sobre la supuesta decisión de temas fuera de la materia de litigio, debe recordar que la Sala nombró un perito dirimente para esclarecer los puntos divergentes entre los informes periciales de los designados por las partes litigantes, haciendo una descripción económica contable de los puntos de la litis y la Sala ha resuelto sobre ellos, en consecuencia no hay nada resuelto fuera de ellos, por lo que solicita se rechace el recurso interpuesto por el S.R.I y se confirme la sentencia. **CUARTO.-** El primer punto a dilucidar es, sin duda el que hace relación a la falta de motivación de la sentencia, porque de ser cierto la aseveración del recurrente, tal omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el art. 76 de la Constitución de la República (Causal 5ta.); luego de la revisión del fallo dictado por al Sala a-quo, esta Sala Especializada encuentra que se han enunciado a lo largo de su parte considerativa y resolutive las normas y principios jurídicos en que se funda, y han hecho relación a los antecedentes constantes en el proceso, en consecuencia, no porque esas consideraciones no sean favorables a una de las partes, puede argumentarse que no ha existido tal motivación, por tanto no es admisible tal impugnación. **QUINTO.-** En relación a la primera de las impugnaciones (Glosas por Ingresos) y que tiene relación a que la Sala ha acogido el criterio contable del perito dirimente Moncayo Donoso, *“porque en los casos propuestos no puede haber Facturas de venta u otros comprobantes análogos de sustento y que, por lo tanto, son suficientes los Asientos de Diario...”*, lo cual indudablemente comporta apreciación de la prueba, dentro del más amplio criterio judicial o de equidad hecha por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de Quito, soportado por el art. 270 del Código Orgánico Tributario, sobre lo cual, no amerita recurso de casación, según se ha sostenido en reiterada jurisprudencia. Tratándose en este caso, de una actividad sui generis, en la que muchos de los gastos, según los propios peritos se hace imposible de demostrarse por falta de documentos de soporte, se considera que, por ser de estricta justicia, en cumplimiento a lo señalado en el art. 17 del Código Orgánico Tributario, que señala que el hecho generador se ha de calificar conforme a la verdadera esencia y naturaleza económica de

las situaciones, prescindiendo de su forma jurídica y que su decisión pueda incentivar la industria turística nacional, toma en cuenta la relación matemática y contable entre los ingresos generales, los gastos, utilidad y porcentaje de impuesto, que en el caso aparece como auténtica, lógica y normal en este tipo de negocios.- En conclusión, se considera que la Sala a-quo no desatendió las normas legales y reglamentarias señaladas, según lo afirma el recurrente. **SEXTO.-** Sobre la impugnación a la sentencia que hace el Procurador de la Autoridad Tributaria, porque se han resuelto puntos que no fueron materia del litigio, en particular los que se refieren a las glosas sobre PROVISIONES y REVERSOS DE PROVISIONES, se deja anotado que no corresponde dilucidar en este recurso, puesto que no es un tema de apreciación de hechos y prueba, sino de interpretación legal y que ha sido motivo de casación (Causal 4ta.), esta Sala Especializada, encuentra que, efectivamente no ha sido un tema que haya impugnado el actor en su demanda, ni motivo de la contestación a la demanda, en consecuencia procede la impugnación de la sentencia y se la casa en este punto, esto es, se deja sin efecto lo dicho por la sentencia en lo relativo a provisiones y reversos de provisiones, en caso de existir. **SÉPTIMO.-** En cuanto a la casación que se hace de la sentencia, por haber dejado sin efecto glosas por “gastos no sustentados”, esta Sala se ratifica en su criterio de que ello comporta apreciación de la prueba, dentro del más amplio criterio judicial o de equidad hecha por la Sala juzgadora según lo sostiene el art. 270 del Código Orgánico Tributario, sobre lo cual, no amerita recurso de casación, según ha manifestado esta Sala en reiterada jurisprudencia. Sin embargo, dentro de la misma impugnación y por considerar que existe evidente falta de aplicación de una norma de derecho en la sentencia, concretamente el art. 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se acepta la casación en esta parte y se deja sin efecto el desvanecimiento de la glosa por US\$ 2.060,92, por tratarse de comprobantes que no corresponden al ejercicio económico 2001, que es el año de la controversia. **OCTAVO.-** Otro de los fundamentos de la casación de la Autoridad demandada, es porque, según ello, en la sentencia se han adoptado decisiones contradictorias y no contiene los requisitos exigidos por la ley, en cuya base impugna que, se haya dejado sin efecto USD 593.009,64 (Causal

5ta.) por considerar que dicha glosa fue establecida en la Resolución que puso término al reclamo, lo cual está prohibido por la ley, ello es negado expresamente por el recurrente, quien manifiesta que dicho valor no se aceptó porque los documentos de soporte no cumplen los requisitos formales y que se encuentran detallados en el cuadro 11, por tanto ese valor está incluido dentro de los USD 3.409.281,11 originalmente glosados, con lo que se dejaría dos veces sin efecto ese valor, lo cual a criterio de esta Sala Especializada realmente ocurriría, en vista de lo cual, y reconociendo que la sentencia en esa parte ha tomado una decisión contradictoria, la casa y confirma la glosa levantada por la Administración tributaria por el valor de USD 593.009,64. **NOVENO.-** En cuanto a la impugnación que se hace por haber dejado sin efecto, las glosas levantadas por “remuneraciones y bonificaciones a ejecutivos”, en la que según el recurrente no se ha aplicado el art. 11 de la Ley de Seguridad Social Obligatoria, que especifica los ítems sobre los que se debe contribuir al seguro social obligatorio, esta Sala considera que es un asunto de puro derecho, que al haber sido resuelto por la Sala a-quo y ha sido motivo de casación, puede pronunciarse sobre su aplicación indebida; al respecto, resalta la última parte de dicho artículo que, manifiesta claramente que, deben contribuir “cualquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio”, advirtiendo, que tal disposición fue publicada en el Suplemente del Registro Oficial N° 465 del 30 de noviembre de 2001, es decir del mismo ejercicio económico que se discute en este proceso y faltando un mes para su culminación. Esta Sala, al respecto, se ha pronunciado en el sentido de que es necesario definir si las remuneraciones entregadas por la Empresa actora a sus empleados, fueron “normales” o lo que ello lleva implícito, esto es, que sea permanente, fijo y ordinario en relación a la actividad de la Empresa, o si por el contrario su carácter de extraordinario y fuera de lo normal, le permitían (en ese año exclusivamente), encasillarlo en la excepción. Es necesario, por otra parte, dejar anotado que, el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, no puede prevalecer sobre lo señalado en el art. 11 ya referido y menos sobre el art. 95 del Código del Trabajo que identifica los rubros que han de considerarse para el pago de las indemnizaciones

laborales, ambas se refieren sin duda, a las retribuciones o emolumentos que tienen el carácter de “normal” en la industria o servicio, y no a aquellas de carácter extraordinario y eventual.- Por todo lo expuesto, no aparece que la Empresa actora haya dejado de cumplir sus obligaciones legales con el IESS, al no haber aportado sobre las bonificaciones hechas en forma extraordinaria a sus empleados o pagos por ellos considerados esporádicos, exclusivamente en el año 2001. En cuanto a los demás rubros considerados en el desvanecimiento y/o conformación de las Glosas levantadas en este rubro, esta Sala considera que la sentencia ha realizado una extensa, pormenorizada y exhaustiva evaluación de los hechos y pruebas aportadas y sobre todo de las pericias realizadas, lo cual es apreciación de prueba dentro del más amplio criterio de equidad y no amerita casación. **DÉCIMO.-** En Cuanto a la glosa por pago a ejecutivos por USD 156.245,09, si bien es motivo del recurso de casación, no se encuentra que la sentencia haya resuelto sobre el tema en forma específica, lo ha descrito y expuesto pero no resuelto, por tanto no cabe casación al respecto; y como tampoco ha sido motivo de impugnación expresa por parte de la Empresa actora en su escrito de demanda, esta Sala declara que, conforme al art. 83 del Código Tributario, la glosa levantada por la Administración Tributaria en ese concepto, está legalmente confirmada. **UNDÉCIMO.-** A pesar de que en el Considerando Tercero de esta sentencia ya se expresó el criterio de la Sala, pues se pide casar la sentencia porque “no contiene los requisitos exigidos por la Ley por falta de motivación”; esta se refiere a la Glosa por Gastos no Operacionales por un valor de USD 706.204,00. Dicha falta de motivación, al tenor de la propia disposición constitucional que dice ha sido violada (art. 76, numeral 7), en concordancia con lo señalado en el art. 81 del Código Orgánico Tributario, no es sino la enunciación de las normas legales, reglamentarios, principios jurídicos y otros fundamentos de derecho en que se haya fundado y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. De la lectura de la sentencia en el desvanecimiento de esta glosa, no se advierte tal incongruencia entre los unos y los otros, que no sea favorable a los argumentos y excepciones planteadas por la Administración, no significa que, se encuentre desmotivada, por lo tanto se rechaza tal pretensión

de casación. **DUODÉCIMA.-** Se pide casar la sentencia, por haber desvanecido la glosa por deducciones de ventas con tarifa 12% de IVA, por falta de aplicación de los Arts. 258 y 259 del Código Orgánico Tributario; en la que la Sala ha acogido el criterio del perito contable dirimente, lo cual indudablemente comporta apreciación de la prueba, dentro del más amplio criterio judicial o de equidad hecha por la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de Quito, soportado por el art. 270 del Código Orgánico Tributario, sobre lo cual, no amerita recurso de casación, según se ha sostenido reiteradamente. Se debe considerar que la Sala juzgadora, ha desvanecido varios gastos justificados, “no así los valores contabilizados que no tienen soporte o aquellos que, estando soportados aparecen con alguna diferencia no sustentada”, juzgamiento que deberá ser tomado en

cuenta en la liquidación final, y ello por tratarse de una actividad sui generis, en la que muchos de los gastos se hace imposible de demostrarse. Sin que sea menester entrar en más análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República**, acepta en parte recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas y lo rechaza en otra, de conformidad a los Considerandos que anteceden.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase. Dr. José Suing Nagua CONJUEZ PERMANENTE; Dr. Gustavo Durango Vela, CONJUEZ PERMANENTE; Dr. Javier Cordero Ordóñez, CONJUEZ PERMANENTE. Certifico: Abg. Carmen Simone Lasso, SECRETARIA RELATORA.

#### 3.5.4. Juicio N° 98-2010

**Asunto:** Impugnación de Acta de Determinación Tributaria

**Juez Ponente:** Dr. José Suing Nagua

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.**

**Quito, 31 de mayo de 2012 a las 09h30. VISTOS:** Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución N° 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. Bernardo Chaves Chimbo, procurador fiscal del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 19 de enero de 2010 por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación N° 15701-2005-23554-3592 propuesto por la compañía AGIP OIL ECUADOR B.V. Esta Sala califica el recurso y la Empresa actora lo contesta el 18 de marzo de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** El repre-

sentante de la Autoridad Tributaria fundamenta el recurso en las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Señala que se han infringido los artículos 7, 17, 68, 94.3, 237, 229, 270 y 273 del Código Tributario; 226, 76.7, letra l y 82 de la Constitución actual y 24 de la Constitución Política de 1998; 7.1 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas; 43 y 45 del Código de Procedimiento Civil; y, 85 y 86 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Argumenta que el acto administrativo impugnado en el presente juicio N° 23554, es el Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, de 9 de septiembre de 2005, sin embargo, en la sentencia recurrida, se declara la nulidad de pleno derecho del Acta de re-determinación tributaria N° 1720070100077 de 16 de julio de 2007. Arguye que para que proceda una acción de impugnación es necesario identificar el acto administrativo y que éste cause perjuicio a los contribuyentes. Sostiene que si la presente acción de impugnación se planteó en contra del Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214 de 9 de septiembre de 2005, la Sala juzgadora, en sentencia lo único que podía resolver es la anulación o modificación de dicha acta de

determinación, puesto que esa fue la pretensión del actor y respecto de aquella fue que se trabó la litis, ya que sólo de ese modo se puede dar cumplimiento al artículo 273 del Código Tributario que señala que la sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los cuales se trabó la litis; sin embargo, los jueces se extralimitan y a más de dejar sin efecto el Acta de Determinación impugnada N° 1720050100214, también resuelven declarar “la nulidad de pleno derecho del Acta de Determinación Tributaria N° 1720070100077” de 16 de julio de 2007, emitida a cargo de la actora. Por lo tanto, si el acto impugnado en el presente juicio no es el Acta de Determinación Tributaria N° 1720070100077, y por ende no es materia del litigio, se colige que la sentencia recurrida ha resuelto sobre un asunto que no fue materia del litigio, incurriendo de esta manera en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Que además, la Sala juzgadora al declarar la nulidad del Acta de Determinación N° 1720070100077 en el presente juicio (sin que sea el acto impugnado) no considera que esta acta ya fue objeto de impugnación en el juicio N° 25782 que se tramita en la misma Primera Sala, por lo que pregunta, ¿si la sentencia dictada en el juicio 23554 ya está resolviendo la litis trabada en el juicio 25782, por lo que solicita casar la sentencia en el sentido de que no cabía declarar en este proceso la nulidad del Acta de Re-determinación N° 1720070100077. Que la Sala juzgadora no puede en “ejercicio del control de legalidad” dictar dicha resolución ya que este control se refiere a la legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, por lo tanto no cabía hacerlo al Acta de Re-determinación N° 1720070100077, toda vez que ésta no constituye ni antecedente ni fundamento del acto administrativo impugnado. Que la competencia, que en la sentencia dice haberse radicado en el Tribunal Distrital de lo Fiscal, fue para resolver la acción contenciosa de impugnación instaurada en contra del Acta de Determinación inicial N° 1720050100214, no impide que la Administración Tributaria ejercite su facultad de re-determinación, conforme está previsto en el numeral 3 del artículo 94 del Código Tributario dentro de su actividad reglada; y, que de aceptar tal afirmación, todos los contribuyentes presentarían accio-

nes contenciosas de impugnación en contra de los actos de determinación iniciales, con el propósito de que el SRI no les refiscalice dentro del año siguiente ya que supuestamente la competencia se radica en el Tribunal Distrital de lo Fiscal. Que la sentencia recurrida está conculcando la facultad determinadora del SRI para verificar los actos administrativos. Cita jurisprudencia que considera adecuada para el caso. Que no es correcto sostener que la Autoridad Tributaria por haber contestado la demanda, se allanó de manera irrestricta a la competencia privativa y excluyente de cualquier otro órgano judicial o administrativo, de la Primera Sala del Tribunal Distrital de Quito, “En consecuencia si ya quedó sin efecto el Acta de Determinación inicial N° 1720050100214 por efecto de la refiscalización, concomitantemente ocurrió que se extinguió el acto administrativo que había sido impugnado en la presente causa N° 23554; y más aún, ocurrió lo que el actor pretendía en la presente causa, esto es dejar sin efecto el Acta de Determinación inicial N° 1720050100214”, por tanto al dejar sin efecto el Acta de Determinación inicial, a través de la refiscalización, desapareció el perjuicio que este acto administrativo causaba al actor; por lo que ya no existía razón para continuar con la presente acción de impugnación y consecuentemente debió archiversse el presente proceso conforme fue solicitado por la representante de la Autoridad Tributaria, por lo que solicita se case la sentencia y se declare que debió haberse archivado el presente juicio puesto que el acto impugnado en esa causa quedó extinguido. Que el Director General del SRI compareció en la presente causa por cuanto ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de conformidad con el numeral 1 del artículo 7 de la Ley de Creación del SRI, por lo que existe falta de aplicación de esta norma y primordialmente, por cuanto es la Autoridad que delegó al Director Regional Norte a emitir actos de determinación, delegación que se dio mediante la Resolución del Directorio General N° 0106 (R.O. 246 de 2 de agosto de 1999) y que en ese sentido se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia, por lo que no es valedera la afirmación de la Sala juzgadora que concluyó que “no sería procedente que la Sala emita un pronunciamiento respecto a la petición de archivo de la causa formulada a nombre de quien no es parte del juicio, por no ser la Autoridad demandada”. Manifiesta además

que existiendo hechos controvertidos en la presente causa y que debieron ser probados por quien los alegaba (art. 258 del CT) mal pudo declarar la Sala que la litis sólo versó sobre asuntos de puro derecho ya que la litis tiene relación con el hecho cierto de que PETROECUADOR reembolsó las inversiones a AGIP sin que exista una efectiva reinversión de utilidades, situación que conllevó a que la Sala omita la aplicación del artículo 270 del Código Tributario, que obliga a efectuar la valoración de prueba. Que la sentencia de mayoría carece de la suficiente motivación y cita el voto salvado que se refiere también a este punto. Que existe errónea interpretación de los artículos 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 183 numeral 4 del Reglamento para su aplicación, porque no existe contradicción en éstos ya que la norma reglamentaria determina que si las utilidades le van a ser devueltas a AGIP por parte de PETROECUADOR, en este caso se entenderá que no existe reinversión, y por el contrario, si las utilidades no le van a ser devueltas, en este caso se entenderá que existe reinversión, y si será procedente la aplicación de la tarifa reducida del 25 % sobre los montos reinvertidos; y que si existen utilidades que supuestamente van a ser reinvertidas pero que en realidad son reembolsadas por Petroecuador, por más que AGIP quiera aparentar reinversión, no lo es, y debe pagar el tributo con la tarifa del 44%, las cosas en derecho son lo que son y no lo que las partes quieran que sean y que el fisco en virtud del principio de justicia tributaria debe prescindir, en cumplimiento de la Constitución y la Ley, de las apariencias y formas mal utilizadas para proceder a determinar la obligación tributaria, pese al argumento de AGIP de que la reinversión va a ser reembolsada en 10 años, tratando de argumentar que, porque el reembolso ocurre en 10 años por parte de PETROECUADOR, es reinversión y consecuentemente se encuentra dentro del supuesto de la tarifa del 25%, argumento que se nota falso. Señala que *“el legislador cuando impuso la tarifa del 44% de impuesto a la renta en las utilidades de los contratos de prestación de servicios petroleros se basó en las manifestaciones de riqueza y capacidad contributiva que éstos soportan, y cuando impuso una tarifa reducida del 25% en el caso de reinversión de utilidades lo realizó para casos fácticos en los que exista tal reinversión para generar riqueza, empleo (fines extra fiscales reconocidos*

*a nivel constitucional, art. 300) y no cuando sea el propio Estado el que deba soportar los costos de reinversión en la exploración y explotación petrolera a través de reembolsos”* y que, AGIP dice haber utilizado parte de sus utilidades para invertir en el contrato de prestación de servicios y si luego esos mismos valores le fueron reembolsados por este tipo de modalidad contractual, entonces es lógico concluir que en la práctica no se llevó una efectiva reinversión. Que la modalidad de reembolso de las inversiones (que AGIP dice haber efectuado de sus utilidades), se las estipuló en 10 cuotas anuales a partir del año siguiente, por lo que es necesario aclarar que las estipulaciones contractuales no pueden modificar las obligaciones tributarias, por lo que no caben los argumentos que formula el actor de que no se le devuelve en el mismo año y que por ello debería entenderse como reinversión y además el reembolso en 10 años no genera pérdidas para la compañía, toda vez que Petrocomercial reconoce una tasa de interés *prima rate* (Art. 86 LRTI). Que existió falta de aplicación de los numerales 3 y 5 del artículo 183 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que regulan las reinversiones ya que cuando se realiza una de éstas nadie le devuelve el dinero invertido, sino que hay que esperar recuperar la inversión a través de las utilidades que produzca el negocio, y si no se devuelve el dinero menos aún se debe pagar intereses, como ocurre en este caso; por lo que este beneficio procede siempre y cuando se realice la reinversión en el país, se mantiene como inversión del contribuyente por el lapso mínimo de cinco años y el capital se refleja en los activos de la contratista en el país. Que lo que hizo la Administración en el Acta de Determinación fue desentrañar el hecho generador que subyace a la figura de la *“reversión”* a través de la contabilidad del propio contribuyente, por lo que solicita se case la sentencia y se disponga el archivo de la causa. **TERCERO:** Por su parte, el Representante Legal de la compañía AGIP OIL ECUADOR B.V., contesta el recurso señalando que el mismo es contradictorio y contiene pretensiones incompatibles lo que lo torna improcedente pues solicita por una parte se case la sentencia recurrida y se archive el presente proceso (última foja del recurso); y, por otra parte que se declare la nulidad de la sentencia recurrida por una supuesta falta de motivación (foja innumerada 18 vta. del recurso)

sin precisar el alcance de esta pretensión; es decir solicita se declare nula una sentencia, que también se solicita sea casada y que el proceso sea archivado. Que el actor por una parte requirió a los jueces de instancia que la sentencia que dicte en esta causa sea pronunciada en relación y función al Acta de Redeterminación N° 1720070100077 con la que a criterio del SRI se dejó sin efecto el acta de determinación original impugnada en este juicio; que mediante escrito presentado el 27 de julio de 2007 compareció el señor Director General del SRI por medio de su procurador y lo hizo para presentar el acta de redeterminación y solicitó se archive el proceso y así se reconoce en el escrito contentivo de interposición del recurso de casación; sin embargo por otra parte, en el escrito de casación, la Autoridad Tributaria cuestiona e impugna que la sentencia recurrida haya sido emitida en relación al acta de redeterminación. Que la administración considera, pese a que el Tribunal juzgador sostiene que el tema fue de puro derecho, que existe falta de valoración de pruebas y que la controversia dejó de existir al expedirse el acta de redeterminación, sin embargo aclaran que hay puntos que nunca fueron controvertidos como que AGIP mantenía la calidad de contratista por 10 años, en el propio contrato de servicios una parte de utilidad que el contrato generó y que aplicó una tarifa del 44.4 % sobre la utilidad que no reinvertió y del 25% sobre la utilidad reinvertida. Que cuando el SRI notificó con la orden de redeterminación y luego dejó sin efecto el acta de determinación original, se atribuyó una competencia que estaba reservada para la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal, pues ahí se radicó la competencia de la impugnación contra el acta de determinación tributaria original y que comenzó el reclamo administrativo y posteriormente judicial. Que el presente caso tiene una situación jurídica que trasciende del control de legalidad al control constitucional por cuanto se generó un conflicto de competencias entre dos funciones del Estado y se vulneró la garantía de la tutela judicial efectiva, considerando que al tema en cuestión corresponde la respuesta a la pregunta ¿Puede la Administración Tributaria reformar o anular un acto administrativo que se encuentra bajo la competencia del poder jurisdiccional? El SRI contesta afirmativamente la pregunta fundándose en el artículo 94 del Código Tributario, que permite veri-

ficar un acto de determinación en un año, contado desde la fecha de notificación de tal acto. Considera el actor, que el SRI pierde competencia al momento que el contribuyente propone acción de impugnación ya que la competencia se radica en forma excluyente y privativa en el poder jurisdiccional, por lo tanto una vez planteada una demanda de impugnación, el acto impugnado sale de la competencia de la Administración Tributaria y una vez trabada la litis, se suspende el ejercicio de las facultades administrativas, entre ellas la de verificación de la determinación y tal acto no puede ser reformado. Que recién el 29 de diciembre de 2007, con la publicación de la Ley para la Equidad Tributaria se eliminó la posibilidad de que AGIP se beneficie con una reducción de la tarifa del impuesto a la renta al reinvertir su utilidad. Que los fallos citados por la Administración Tributaria no son concordantes con el caso concreto y que la sentencia es motivada y clara. **CUARTO:** En atención a los cuestionamientos que se formulan en contra de la sentencia, relacionados con la resolución en ella de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver todos los puntos de la litis (causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación), lo cual habría producido una errónea interpretación del inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: **4.1.** El actor en su demanda impugna el Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214 de 9 de septiembre de 2005; en la sentencia de mayoría, se declara la nulidad de pleno derecho del Acta de Re-determinación Tributaria N° 1720070100077 de 16 de julio de 2007, "...en ejercicio del control de legalidad previsto en el art. 273 del Código Tributario Orgánico...", entre otras razones; **4.2.** El inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, a la letra señala: "La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos", (el subrayado corresponde a la Sala); **4.3.** El contenido y alcance de la disposición transcrita, en cuanto al control de legalidad está relacionado, con exclusividad, **a los antecedentes o**

**fundamentos de la resolución o actos impugnados**, en la especie, estrictamente al Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, de 9 de septiembre de 2005 y sus antecedentes; en ningún caso es admisible que, a título de control de legalidad, se deje sin efecto un acto superviniente, el Acta de Re-determinación Tributaria N° 1720070100077 de 16 de julio de 2007, que por ser cronológicamente posterior al acto impugnado, no puede ser considerada como antecedente o fundamento del mismo; **4.4.** Queda en evidencia que el acto cuya nulidad declara la Sala de instancia no es materia del litigio y que ha sido cuestionado judicialmente en otro proceso independiente del que se resuelve (juicio N° 25782, que conoce la misma Sala juzgadora). Consiguientemente, la declaratoria de nulidad de pleno derecho del Acta de Re-determinación Tributaria N° 1720070100077, de 16 de julio de 2007 realizada por la Sala de instancia es improcedente. **QUINTO:** Respecto a la impugnación relacionada con la falta de aplicación del art. 94, número 3 y art. 68 del Código Tributario, se formula el siguiente análisis: **5.1.** El artículo 94 número tres del Código Tributario, a la letra, establece: “Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo: 3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos” (el subrayado pertenece a la Sala); **5.2.** La litis se traba en torno a la impugnación del Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, de 9 de septiembre de 2005 formulada por la Empresa actora, por lo que en esencia, la resolución del tema litigioso en esta causa no involucra el contenido de la disposición transcrita, esto es el número 3 del art. 94 del Código Tributario, que regula el plazo dentro del cual se puede **verificar** un acto de determinación practicado por la Administración o en forma mixta, ya que el acto impugnado es el acto de determinación, no el de verificación o de redeterminación; **5.3.** No se puede, como pretende el representante de la Administración Tributaria, que por el hecho de que ésta haya procedido a realizar una verificación del acto de determinación, cuya pertinencia y procedencia no puede ser ventilado en este proceso porque no forma parte del controvertido por ser un hecho superviniente, disponer sin más el

archivo de esta causa sólo porque el acto superviniente deja sin efecto el acto de determinación que se encuentra sub iudice y cuyos cuestionamientos deben ser resueltos en sentencia. No aceptar el archivo de la causa, a todas luces improcedente, no implica desconocer el ejercicio de la facultad determinadora regulada por el art. 68 del Código Tributario, ni la verificación de los actos de determinación contenidos en el acta respectiva. Aceptar el archivo por el contrario, sería invadir un escenario que no forma parte del controvertido y aplicar indebidamente lo que expresamente prevé el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario que manda a resolver los puntos sobre los que se trabó la litis. **SEXTO:** En lo que tiene que ver con el cuestionamiento sobre la presunta falta de competencia del Director General para comparecer a juicio, lo cual habría provocado la falta de aplicación de las normas que se explicitan en el escrito de interposición del recurso, esta Sala considera que, conforme se desprende del contenido del Acta de Determinación impugnada (fs. 22 a 30), ésta fue emitida por el Director de la Regional Norte del Servicio de Rentas Internas en ejercicio de atribuciones que le son propias, sin que lo haya realizado en ejercicio de funciones delegadas; consecuencia de lo cual, la comparecencia del Director General es improcedente, ya que el funcionario emisor del acto impugnado es el Director Regional, no el Director General, situación que no se adecua a lo establecido por esta Sala en los fallos referidos por el recurrente, que no son aplicables, pues se tratan de situaciones diferentes, pues en tales casos, son Resoluciones que las emite el Director Regional por expresa delegación del Director General, razón por la que consideran admisible la comparecencia de la autoridad delegante, como expresamente se establece en dichas sentencias. Ello no ocurre en la presente causa por lo que el razonamiento de la Sala de instancia sobre este punto es válido. **SÉPTIMO:** En lo que dice relación al cuestionamiento, que la Sala juzgadora sostiene que la litis se trabó sobre asuntos de puro derecho, lo cual habría provocado la falta de aplicación del art. 270 del Código Tributario, esta Sala realiza el siguiente análisis: **7.1.** El acto que impugna la Empresa actora es el Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, de 9 de septiembre de 2005, por impuesto a la renta y anticipos del ejercicio de 2003, en concreto, la

glosa “Reinversión de utilidades” que es sobre lo que versa toda la argumentación constante en la demanda (fs. 1 a 22); **7.2.** Este es, en efecto, un asunto de puro derecho, ya que gira en torno al contenido y alcance de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan tarifas para el pago del impuesto a la renta, ya del 25%, ya del 44.4%, conforme bien lo determina la Sala juzgadora en el considerando Tercero del fallo, por lo que no se advierte falta de aplicación de la norma referida por el recurrente. **OCTAVO:** Sobre el cuestionamiento relacionado con la presunta falta de motivación que habría en el fallo, que el recurrente sostiene soportado en los razonamientos constantes en la argumentación del voto salvado, revisado el contenido de la sentencia de mayoría, esta Sala encuentra que el fallo tiene la fundamentación pertinente pues adecua en su razonamiento, los hechos con las normas aplicables, lo que de ninguna manera puede significar de manera absoluta que sus razonamientos sean acertados, por lo que la impugnación sobre este punto resulta improcedente. **NOVENO:** El fondo del asunto controvertido está relacionado con el porcentaje aplicado por la Empresa actora para el cálculo del impuesto a la renta en el periodo en discusión, argumentado por el representante de la Administración Tributaria en los acápites VI, VII y VIII del escrito de interposición del recurso, tema sobre el cual esta Sala realiza el siguiente análisis: **9.1.** Los argumentos centrales del fallo de mayoría para aceptar la impugnación que formula la Empresa actora al Acta de Determinación impugnada, constan en la parte final del número 3 del considerando Tercero, que señala que “...el numeral 4 del artículo 183 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que no considera reinversión a la efectuada en el mismo contrato de prestación de servicios, indudablemente alterna el mandato legal contenido en el artículo 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno, determinando que dicha disposición reglamentaria sea inaplicable.”, así como en el razonamiento de que la jurisprudencia de la Sala Especializada de la ex Corte Suprema de Justicia “...cuida de la hermenéutica jurídica en el sentido de que, cuando la ley no se refiere para nada a ciertas situaciones concretas, el reglamento no puede desconocer los hechos establecidos o no expresamente establecidos en la ley, razón por la cual las normas del reglamento que modifican la

ley no pueden aplicarse por constituir una modificación de la ley, lo que está en pugna con la norma del Art. 78, letra c) de la Constitución vigente en 1977 y con el numeral 5 del Art. 171 de la Constitución de 1998.”, con ello declara con lugar la demanda; **9.2.** Sobre el tema, la Ley de Régimen Tributario, establece: “Art. 85.- *Impuesto a la Renta.- Las utilidades que obtengan los contratistas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estarán sujetas al pago del impuesto a la renta de conformidad con la tarifa única del 44,4%. En caso de inversión de utilidades en el país, esta tarifa se reducirá al 25% sobre los montos reinvertidos*”; (el subrayado es de la Sala); Del contenido de la norma transcrita se desprende con claridad suficiente que la tarifa del 25% sobre los montos reinvertidos se aplica en caso de inversión de utilidades en el país, puesto que la norma no prevé específicamente que la inversión deba realizarse en el contrato de prestación de servicios como sostiene la Empresa actora, como tampoco lo establece la norma del art. 31, letra o de la Ley de Hidrocarburos, también referida por la Empresa actora; **9.3.** A su vez, el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, aplicable a la fecha señalaba: “Art. 183.- *Reinversiones.- Para que las contratistas que tengan suscritos contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estén sujetas a la tarifa impositiva del 25% sobre las utilidades reinvertidas en el país, deberán cumplirse las siguientes condiciones: 1) La reinversión deberá ser realizada en la propia actividad hidrocarburiífera inclusive en el mismo bloque o en actividades prioritarias definidas como tales por la Oficina de Planificación de la Presidencia de la República- ODEPLAN; 2) La reinversión deberá hacerse efectiva en el año impositivo corriente o hasta el 31 de diciembre del año siguiente en el que se generó la utilidad; 3) La reinversión deberá reflejarse en los activos de la contratista en el país, requisito que no se entenderá cumplido cuando solo sea resultado de ajustes monetarios; 4) No se entenderá como reinversión aquellas inversiones realizadas en la actividad de prestación de servicios para la exploración y explotación de petróleo, que deban ser reembolsadas por PETROECUADOR; 5) Si las contratistas hubieren reinvertido sus utilidades en contratos de exploración y explotación de hidrocarburos bajo otra*

modalidad contractual o en otras actividades prioritarias definidas por la Oficina de Planificación de la Presidencia de la República-ODEPLAN, la reinversión deberá mantenerse en el país, como inversión del contribuyente por el lapso mínimo de cinco años; 6) Los auditores externos, en el dictamen que emitan sobre los estados financieros o en las notas a dichos estados, deberán dejar constancia del monto de las reinversiones efectuadas. Cumplidos los cinco años de permanencia en el país, los montos reinvertidos podrán ser libremente repatriados, sin que por este hecho haya lugar a reliquidación y pago del impuesto a la renta sobre los valores repatriados. No se considerarán retiradas del país aquellas reinversiones que no hayan tenido éxito y que por este motivo, deban ser restadas de los activos. Consiguientemente, la baja de estas reinversiones fracasadas no darán lugar a reliquidación y pago del impuesto a la renta diferencial, quedando a salvo el derecho del contribuyente para amortizar tal pérdida si, con sujeción a las normas especiales de esta Sección o las Normas Generales del Título Primero, de la Ley de Régimen Tributario Interno.” (Los subrayados pertenecen a la Sala); esta norma reglamentaria, expedida a la luz de la disposición contenida en el art. 171, número 5 de la Constitución Política de 1998, cumple con el cometido previsto para el ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, cuál es el de expedir reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, ya que es precisamente eso lo que permite la norma aludida, facilita la aplicación de la norma legal, sin contravenirla ni alterarla, pues no modifica la esencia de su contenido como es la tarifa del impuesto ni las condiciones en las que debe aplicarse, es decir, cumple fielmente con el cometido de la facultad reglamentaria, materializar la aplicación de la norma legal, disipándose como consecuencia de ello la existencia de conflicto alguno, por lo que resulta inaplicable el art. 272 de la Constitución Política de 1998; Al no existir incompatibilidad entre la norma reglamentaria y la norma legal, el razonamiento de la Sala juzgadora es improcedente y su aplicación en la sentencia deviene en ilegal. **9.4.** No está por demás dejar sentado que resulta obvio excluir de las reinversiones sujetas a la tarifa especial del 25% a los rubros que la Empresa percibe en concepto de reembolsos de PETROECUADOR, puesto que

por su naturaleza, en el contrato de prestación de servicios, se diferencia con claridad suficiente los valores reembolsables (costos y gastos y alícuotas de amortización de inversiones que se justifican porque no incrementa los activos de la Empresa sino de PETROECUADOR) y el pago de la tasa por los servicios prestados; precisamente de éste último rubro se generan las utilidades de la Empresa, una vez deducidos los gastos no reembolsados por PETROECUADOR, el gravamen a la actividad petrolera, el valor correspondiente a la participación laboral y el impuesto a la renta causado y son estas utilidades las que pueden invertirse, en las condiciones previstas en la Ley; hacerlo en el propio contrato de prestación de servicios, aparte de que no está expresamente previsto ni en la ley ni en el contrato, se incurriría en una falsa inversión, toda vez que regresarían al patrimonio de la Empresa vía reembolso y generaría una situación de privilegio inaceptable en un régimen tributario que se rige por principios como el de generalidad, expresamente contemplado en la Constitución de 1998 (art. 256), ratificado en la Constitución vigente en el art. 300.- Por las consideraciones expuestas, la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia y declara válida el Acta de Determinación impugnada.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela (v.s.). CONJUEZ. Certifico.- f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez SECRETARIA RELATORA

**RECURSO Nº 98-2010 VOTO SALVADO DEL SEÑOR DOCTOR GUSTAVO DURANGO VELA.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, a 31 de Mayo de 2012. Las 09h30.**

**VISTOS:** Mediante sentencia de mayoría dictada el 19 de enero del 2010, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 1 de Quito, acepta la demanda presentada por el señor Livio Burbi en su calidad de Apoderado General y por tanto representante legal de la compañía AGIP OIL

ECUADOR B.V., y deja sin efecto ni valor legal alguno el Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas el 9 de septiembre del 2005, en concepto del impuesto a la renta y anticipos del año 2003, y en ejercicio del control de legalidad, declara la nulidad del Acta de Determinación Tributaria N° 1720070100077 del 16 de julio del 2007, por los mismo conceptos.- Dentro del término concedido en el art. 5 de la Ley de Casación, el doctor Bernardo Chávez Chimbo, en su calidad de Procurador de la Autoridad Fiscal demandada, presenta su escrito contentivo del pertinente recurso.- Aceptado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 17 de febrero del 2010, ha subido en conocimiento de esta Sala para que se confirme o revoque tal aceptación, la que se ha ratificado en auto de 11 de marzo del mismo año, en el que además se ha corrido traslado a la Empresa actora para los fines previstos en el art. 13 de la Ley de Casación. El señor Sandro Gruttadauria, nuevo Apoderado General y por tanto representante legal de la Compañía AGIP OIL ECUADOR B.V., dentro de tiempo, se ha pronunciado en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir 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, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y con el numeral 1 del Art. 185 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** El Procurador Fiscal de la Administración Pública Tributaria, en el escrito que contiene su recurso (fs. 1120 a 1134 de los autos) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero, cuarto y quinto del Art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha resuelto lo que no fue materia del litigio; por falta de aplicación de los Arts. 94.3, 68, 237, 270 y 17 del Código Tributario, numeral 1 del Art. 7 de la Ley de Creación del SRI, del Art. 43 del Código de Procedimiento Civil y de Precedentes Jurisprudenciales que transcribe y menciona; que existe indebida aplicación del Art. 45 del Código de Procedimiento Civil; y, errónea interpretación del Art. 273 del Código Tributario, inciso II, del Art.

85 de la Ley de Régimen Tributario Interno y Art. 183, numeral 4 de su Reglamento de Aplicación; adicionalmente señala que la sentencia no contiene los requisitos señalados en la Ley. En su fundamentación señala que el acto administrativo impugnado en este juicio es el Acta de Determinación N° 1720050100214, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, sin embargo la sentencia declara la nulidad de pleno derecho del Acta de Determinación N° 1720070100077, acto impugnado en otro juicio y por ende no era materia de este litigio (causal 4 del Art. 3 de la Ley de Casación), declaración de nulidad que dice la sentencia, se hace en virtud del control de legalidad prevista en el inciso II del Art. 273 del Código Tributario, sin embargo tal disposición no le alcanza para declarar nula un Acta de re-determinación pues ésta no constituye ni antecedente ni fundamento del acto impugnado, violando así también el Art. 226 de la Constitución de la República. Considera que la Administración Tributaria puede re-determinar una determinación, si lo hace dentro del plazo señalado en el numeral 3 del Art. 94 del Código Tributario, que no existe ninguna prohibición en la ley, que niegue este derecho aun cuando el acto inicial se encuentre impugnado en la fase contenciosa, porque lo contrario sería mantener que el SRI pueda re-fiscalizar sólo cuando el contribuyente ha tenido a bien no demandar el acta original, con ello la sentencia está conculcando la facultad determinadora de la Administración. Sigue en su fundamentación manifestando que, era procedente y legítimo que el Director General del SRI comparezca en esta causa, por ser el representante legal de la institución y que el Director Regional, sólo actúa como delegado, conforme a la jurisprudencia que menciona y transcribe, por lo que existe falta de aplicación del Art. 237 del Código Tributario y del 43 del CPC; que al haberse ratificado la intervención de la Dra. Ana María Luna, no cabía que se le declare falsa procuradora en la sentencia. Que erróneamente se sostiene que la Litis versa sobre asuntos de puro derecho y con ello, no se ha efectuado la valoración de la prueba, entre las que resalta el hecho cierto de que Petroecuador reembolsó las inversiones a AGIP, sin que exista una efectiva reinversión de utilidades, lo que ocasionó falta de aplicación del Art. 270 del Código Tributario. Manifiesta que existe falta de

motivación en la sentencia exigida en el literal l) del numeral 7 del Art. 76, del 82 de la Constitución de la República y del Art. 273 del Código Tributario, causa de nulidad detectada incluso en el voto salvado, todo en referencia a la reinversión de utilidades, pues si son inversiones devueltas por Petroecuador, no procede la aplicación de la tarifa reducida del 25% de impuesto a la renta, señala adicionalmente que, existe en la sentencia errónea interpretación del Art. 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno y del numeral 4 del Art. 183 de su Reglamento de Aplicación, pues no es verdad que esas dos normas se contrapongan como lo sostiene la sentencia sino por el contrario, se complementan pues cuando el legislador impuso la tarifa del 44,4% de impuesto a la renta a las utilidades de las empresas hidrocarbúferas se basó en la capacidad económica y el 25% de tarifa reducida sí reinvertían en el país, es decir una reducción con fines parafiscales, pero ello no procede cuando el propio Estado deba soportar los costos de reinversión a través de los reembolsos, además resulta lógico que no se pueda reinvertir en el propio contrato u otro contrato de prestación de servicios, salvo que las inversiones no sean exitosas porque ahí Petroecuador no las devuelve y cabe aplicar el 25% del impuesto a la renta; sí la Compañía quería reinvertir las utilidades en el país como prescribe el numeral 5 del Art. 183 del Reglamento referido debía hacerlo en otro tipo de contrato y ello debía reflejarse en sus activos (aparece en cuentas por cobrar), por tanto carece de fundamento la afirmación de la Empresa de que “estaba obligado a efectuar reinversiones exclusivamente dentro del mismo contrato de prestación de servicios”. Por último, la Administración ha calificado correctamente el hecho generador atendiendo a los hechos económicos reales y efectivos, conforme lo señala el Art. 17 del Código Tributario.- Que por todo ello, solicita se acepte el recurso y se eleve el expediente a la Sala Especializada de la Corte Nacional. **TERCERO.-** Por su parte, el representante legal de la Compañía AGIP OIL ECUADOR B.V, en su contestación al recurso (fs. 3 a 29 del cuadernillo de casación) en defensa de la sentencia, manifiesta: I.- Que existen pretensiones contradictorias, pues por un lado se pide se case la sentencia y por otro se declare su nulidad sin subsidiariedad alguna. II.- Que la Administración está de acuerdo en que se haya declarado la baja del

Acta de Determinación N° 1720050100214, por tanto ella se encuentra firme y ejecutoriada, incluso en escrito de 27 de julio del 2007 se solicitó expresamente el archivo definitivo del juicio referente al Acta de Determinación original, y ahora en la casación cuestiona el pronunciamiento sobre la Determinación. Se contradice cuando por un lado alega que no surte efecto el acto que se impugna en este juicio, y por otro impugna el hecho de que la Sala no se pronuncia sobre las pruebas aportadas para resolver el fondo de la controversia. III.- Que la Primera Sala al tramitar y resolver este juicio, como órgano de la Función Judicial, cumplió el Art. 198 de la Constitución y el Art. 224 del Código Tributario, es decir actuó con absoluta independencia; concluye en la incompetencia del Director Regional Norte del SRI para redeterminar, pues el asunto ya había pasado a conocimiento del Tribunal Distrital de lo Fiscal, pues trabada la litis, se suspende el ejercicio de las facultades administrativas y el acto no puede ser reformado por otro acto posterior. No procedía el archivo de la causa porque tal figura no existe en nuestra legislación. IV.- Que los fallos citados por el Procurador son impertinentes y ajenos al asunto que se discute, pues ellos se refieren a la facultad que tiene la Administración de verificar un acto determinativo, pero no cuando este se encuentre impugnado en la fase contenciosa, ante otro poder del Estado, el judicial. Por tanto no procedía el archivo de la causa a consecuencia del Acta de Redeterminación, como pretendía el SRI. V.- Que la sentencia está perfectamente motivada, incluso en tres fallos de la Corte Suprema de Justicia; sostiene que el Art. 85 de la LRTI no establecía que la reinversión de utilidades deba hacerse en otra actividad económica (contractualmente imposible), para que la Empresa tenga derecho a aplicarse la tarifa del 25%, reducción que no es posible sólo desde el ejercicio 2008, pero para ello debió hacerse una específica reforma legal (Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del 2007), en consecuencia, el Art. 183 de su Reglamento se extralimita al imponer tal condición y alteró el mandato legal, por lo que, la sentencia hace bien en así declararlo, criterio corroborado por el literal o) del Art. 31 de la Ley de Hidrocarburos. VI.- Respecto a la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación: falta de aplicación del Art. 17 del Código Tributario, pues en realidad no existe ninguna reinversión puesto que

Petroecuador devuelve lo supuestamente reinvertido, calificando al hecho en su verdadera esencia y contenido, ello no es procedente porque no fue fundamento del acta de determinación original, norma que busca desentrañar la realidad económica oculta tras actos de simulación, punto que no ha sido controvertido ni establecido claramente por la Administración. Si no hay diferencia entre la sustancia y la forma, por tanto, el principio de la realidad económica no es aplicable.

**CUARTO.-** La sentencia de mayoría, luego de declarar que el asunto es de puro derecho, establece que el Art. 183 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno vigente en el ejercicio 2003, se halla en oposición a lo señalado en el Art. 85 de la Ley a la que reglamenta por tanto prevalece sobre aquella; en resumen que AGIP podía beneficiarse con la tarifa del 25% en lugar de satisfacer el 44,4% del impuesto a la renta y deja sin efecto ni valor alguno el Acta de Determinación Tributaria N° 1720050100214, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, el 9 de septiembre del 2005 y nulita el Acta de Re Determinación Tributaria N° 1720070100077 del 16 de julio del 2007.- **QUINTO.-** El primer punto que debe considerarse, es el relativo a la causal 4 del Art. 3 de la Ley de Casación, fundamento del recurso, porque según la Autoridad Administrativa, el acto impugnado en el juicio es el Acta de Determinación N° 1720050100214, sin embargo la sentencia declara la nulidad de pleno derecho del Acta de Re-determinación N° 1720070100077, declaración de nulidad que dice la sentencia, se hace en virtud del control de legalidad prevista en el inciso II del Art. 273 del Código Tributario; al respecto esta Sala de lo Contencioso Tributario, hace las siguientes consideraciones: a) La única norma que hace relación a las redeterminaciones o verificaciones a determinaciones, es la referida en el numeral 3. del Art. 94 del Código Tributario, cuyo texto es el siguiente: *“En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos”*, y esto refiriendo a la caducidad de la facultad determinadora y únicamente al plazo que tiene la Administración para refiscalizar; b) La realización de esta redeterminación supone por lógica consecuencia, la existencia de un acta de determinación, pues sin esta no es factible que se haya pro-

ducido una verificación, actuar fuera de este alcance, implicaría realizar una nueva determinación, no una refiscalización; 3) En el caso concreto, tenemos que el Acta de Redeterminación Tributaria N° 1720070100077 del 16 de julio del 2007, que contiene diferencias a cargo y a favor de la actora por el ejercicio 2003 ha dejado sin efecto ni valor la determinación original, con lo cual uno de los supuestos procesales imprescindibles dejó de existir, no cabe pues redeterminarse sobre algo que ya no existe. 4) Adicionalmente, es necesario referir a la declaratoria de nulidad de pleno derecho del Acta de Re-determinación Tributaria N° 1720070100077, que en su parte resolutive ha hecho la Sala juzgadora, advirtiendo hacerlo en cumplimiento al control de legalidad señalado en el inciso II del Art. 273 del Código Tributario que textualmente dice: *“La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos”*, (subrayado fuera de texto); es claro entender que no cabía declarar la nulidad de un acto sobreviniente a aquel sobre el que se trabó la litis, pues efectivamente, la redeterminación sobre cuyo contenido la Sala no emite pronunciamiento alguno, es posterior al acto de determinación impugnado, y por tanto es imposible que se haya fundamentado o tenido como antecedente la re determinación, por tanto la Sala a-quo interpretó erróneamente el inciso II del Art. 273 del Código Tributario. **SEXTO.-** En el presente juicio, se impugna el Acta de Determinación N° 1720050100214, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, el 9 de septiembre del 2005, la cual fue dejada sin efecto con el Acta de Re-determinación N° 1720070100077, pero que, de acuerdo a los razonamientos esbozados en el considerando anterior, no cabía. Corresponde entonces a esta Sala, entrar a resolver el punto trascendente y de fondo de la sentencia de mayoría que, se refiere a la apreciación de la Sala a-quo sobre que la norma reglamentaria contenida en el Art. 183, está en franca contradicción con el Art. 85 de la Ley, pues ésta no establece la condición que señala aquella; esta Sala no encuentra que estas dos

normas se contrapongan como lo sostiene la sentencia, sino que por el contrario, se complementan, pues cuando el legislador impuso la tarifa del 44,4% de impuesto a la renta a las utilidades de las empresas que prestan servicios en el área hidrocarbúrfica, tomó en cuenta la capacidad económica de las mismas; y si bien concede el derecho de rebajarse 19,4 puntos porcentuales, es decir al 25% de tarifa, si las referidas compañías reinvierten esas utilidades en el país, es decir una reducción de la tarifa del impuesto con fines parafiscales. Sin embargo, en este caso, el propio Estado debe soportar los costos de reinversión a través de los reembolsos que el Estado ecuatoriano hace como propietario de todas las inversiones en caso de que se descubran yacimientos de petróleo, reembolsos que deben ser previamente aprobados. Por tanto no cabe aplicar el 25% de tarifa reducida, porque el Estado ya le devolvió esa utilidad, por lo que cabe aplicar incluso lo señalado en el Art. 17 del Código Tributario que se refiere a la posibilidad de la Administración de llegar a la verdadera esencia y naturaleza económica de los hechos, prescindiendo de la forma

jurídica que se le haya dado a los mismos.- Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario 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**, acepta el recurso de casación, en cuanto considera que la Sala a-quo erró en la interpretación del inciso II del Art. 273 del Código Tributario y aplicó indebidamente el Art. 183 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, así como erró en la interpretación del Art. 85 de la Ley; y confirma el Acta de Determinación 1720050100214, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas el 9 de septiembre del 2005.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase. f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela (v.s.). CONJUEZ. Certifico.- f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.

### 3.5.5. Juicio N° 282-2010

**Asunto:** Nulidad de las Actas de Re-determinación.

**Juez Ponente:** Dr. José Suing Nagua

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-**

**Quito, 6 de Agosto de 2012. Las 10h00. VISITOS:** Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución No. 004-2012 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, Sandro Gruttadauria, apoderado general y representante legal de la compañía AGIP OIL ECUADOR B.V., interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 3 de mayo de 2010 por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación N° 25782-2008 que sigue en contra del Servicio de Rentas Internas. Esta Sala califica el recurso y el representante de la Administración Tributaria lo contesta el 22 de julio de 2010. Pedidos los autos para resolver, se

considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** El actor fundamenta su recurso en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; considera que se han infringido las siguientes disposiciones: arts. 94.1, 94.2, y 94.3, 131, 134, 244, 255 y 256 del Código Tributario; arts. 3, 8, 9.2 y 4 del Reglamento Orgánico Funcional del Servicio de Rentas Internas; Disposición Transitoria Sexta y arts. 18 y 207 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; arts. 198 y 199 de la Constitución Política de la República (de 1998); arts. 75, 172 y 424 de la Constitución vigente; art. 15 del Código de Procedimiento Civil; arts. 2, 78 y 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno; art. 7, regla 18 del Código Civil; y, precedentes jurisprudenciales

obligatorios. Luego de formular una reseña de los antecedentes, realiza un análisis de los fundamentos del recurso. Así, respecto de la causal segunda explica que la Empresa mantiene varios procesos en contra de la Administración Tributaria, fruto de lo cual solicitó la acumulación del juicio al 23552 que se sustancia en la Segunda Sala, en procura de obtener celeridad y economía procesal y con el propósito de evitar que se divida la continencia de la causa; que la segunda Sala aceptó la acumulación solicitada pero que no fue aceptada ni ha habido pronunciamiento de la Primera Sala, produciéndose violación de trámite y la consiguiente nulidad procesal insubsanable por falta de apego a los procedimientos previstos en la norma, el art. 256 del Código Tributario. Respecto de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, refiere a los siete puntos controvertidos de fondo mencionados en la sentencia, señalando las que considera transgresiones al ordenamiento jurídico: 1. Sobre la nulidad de las actas de re-determinación, que no ha sido materia de la litis si el Director Regional tiene competencia, en general, para ejercer la facultad determinadora contentiva de la re-determinadora prevista en el art. 94.3 del Código Tributario, que lo que se debe determinar es si el Director gozó o no de competencia para dejar sin efecto las actas de determinación originales, mientras se hallaban sometidas al conocimiento y resolución del Tribunal Distrital de lo Fiscal y en su lugar emitir otras, las actas de re-determinación; que la sentencia recurrida se fundamenta en el art. 207 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno para afirmar la competencia del Director Regional para emitir las Actas de Re-determinación, norma que no se refiere a la facultad de dejar sin efecto un acto administrativo, mientras éste se halla sometido a conocimiento y resolución del Tribunal Distrital y en su lugar emitir otro; que el art. 134 del Código Tributario que regula la institución de la aceptación tácita es el único fundamento que motiva la sentencia, no es aplicable ya que corresponde únicamente a lo relacionado al plazo y a los efectos jurídicos del acto emitido en forma extemporánea, por lo que no procede ni aún por analogía, aplicar al presente caso; que, planteada una demanda de impugnación, el acto impugnado sale de la competencia de la Administración Tributaria y una vez trabada la litis, se suspende el ejercicio de las

facultades administrativas, entre ellas la de la verificación de la determinación y tal acto no puede ser reformado por uno posterior (en uso de la facultad de determinación). Respecto a si el SRI debía efectuar una determinación complementaria o la re-determinación, que la sentencia realiza un análisis de las razones por las cuales fue correcto que el SRI no haya realizado una determinación complementaria, a pesar de que la empresa jamás ha afirmado que debió ejercerse tal facultad y que el SRI jamás alegó haberla ejercido; que el art. 131 del Código Tributario fue incorporado por la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria de 2007 y que al haberse presentado y tramitado los reclamos administrativos que devinieron en las resoluciones impugnadas antes de la vigencia de la norma citada, es evidente que su aplicación es indebida; que al haberse emitido las actas de re-determinación fuera del plazo del año previsto en el art. 94.3 del Código Tributario, tales actas no producen efectos jurídicos por haberse producido la caducidad del ejercicio de la facultad re-determinadora. Respecto a si AGIP podía beneficiarse por reinversión de la tarifa del 25% o estaba obligada a satisfacer la tarifa del 44.4%, que el SRI contraviniendo lo dispuesto en el art. 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno estableció las glosas aduciendo que el derecho a la tarifa reducida del impuesto a la renta del 25% solamente es aplicable a las utilidades reinvertidas en actividades distintas a las del objeto del contrato de prestación de servicios; que la Sala deja de aplicar el art. 85 de la ley referida argumentando que no está incorporada al contrato que es de fecha anterior, desconociendo que las normas de derecho público miran por el interés general que prevalece sobre el particular de los contratantes. Sobre si el acta de determinación del impuesto del año 2000 el SRI podía ejercer la facultad determinadora conforme al art. 94.1 o al 94.2 del Código Tributario, que es categórico que la regla general de la caducidad de la facultad determinadora es la prevista en el numeral 1 del art. 94 y que la excepción a la misma la constituye su numeral 2, que la Sala aplica indebidamente en la sentencia por el hecho de que a su criterio, la Empresa no incluyó todos los ingresos gravables en la declaración; que en ninguna parte de la sentencia la Sala declara que la Empresa ha ocultado ingresos gravables, que expresamente se señala que no se incluyó todos los ingresos gravables, criterio pro-

veniente del hecho de que el valor fue registrado equivocadamente. Sobre la indebida aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, que la referida por la Sala en la sentencia tiene un sustancial contenido probatorio, lo que obliga a que su aplicación no sea simplemente en base a su invocación sino la de establecimiento de plena identidad objetiva entre la misma y el caso concreto, que no ha realizado la Sala. Respecto a la glosa por el diferencial cambiario, que al exigir a la Empresa el pago del impuesto a la renta derivado del Resultado por Exposición a la Inflación, implica una duplicidad en el pago de impuestos y en consecuencia, un pago indebido que no tiene razón de ser. Respecto a la falta de aplicación de la Disposición Transitoria Sexta y del art. 18 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que la disposición permite al contribuyente amortizar el diferencial cambiario en un plazo de hasta cinco años, que no ordena que amortice el diferencial cambiario en razón del 20%. Sobre los criterios emitidos por el Director General del SRI, que resulta improcedente que la Sala considere que no es vinculante para la Administración Tributaria la absolución de la consulta por el hecho de no formar parte, a su criterio, del Contrato de Prestación de Servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque 10 de la región Amazónica.

**TERCERO:** La Administración Tributaria por su parte, en su contestación al recurso, luego de hacer una relación a las actuaciones de la Administración, en lo principal manifiesta que sobre la causal tercera invocada por el actor, la Primera Sala si cumplió con el art. 256 del Código Tributario respecto de la acumulación solicitada por el actor, que no es correcto sostener que la Segunda Sala aceptó el pedido de acumulación, ya que ésta simplemente dio trámite al pedido corriendo traslado a la Primera Sala para que se pronuncie sobre la procedencia o no de la acumulación, pues para que ésta acepte o no la acumulación, debe conocer el estado en que se encuentra el juicio que primeramente se promovió y si se cumplen las condiciones previstas en el art. 255 del indicado Código, lo cual no se produjo porque con el traslado no remitió el proceso, conforme obra de las providencias que constan en el proceso y porque además, la propia Segunda Sala resolvió rechazar la petición de acumulación, por lo que la Primera Sala ya no tenía la obligación

de pronunciarse sobre la acumulación solicitada; que sobre la nulidad alegada, para que ésta se produzca, se requiere que la supuesta inobservancia del procedimiento cumpla con dos condiciones, que haya ocasionado nulidad insubsanable o provocado indefensión en el proceso, las cuales no se han suscitado; que en la tramitación y resolución del juicio, la Sala juzgadora ha cumplido con el principio de celeridad conforme lo exige la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial; que respecto a la nulidad de las actas de re-determinación, por incompetencia del Director Regional Norte del SRI, la facultad determinadora que incluye la verificación o re-determinación es una facultad inherente a toda administración tributaria, facultad que no puede ser conculcada por el hecho de que un acto administrativo se encuentre impugnado judicialmente, que la administración estaría aplicando una autotutela de sus propios actos, que para que esto suceda, debe cumplir con el requisito fundamental, el de revocar o dejar sin efecto el acta de determinación original, caso contrario estarían coexistiendo dos determinaciones sobre la misma materia, lo cual es improcedente; que si respecto a que el SRI debía efectuar una determinación complementaria o la re-determinación, la sentencia hace un análisis de la determinación complementaria para concluir que si era procedente la refiscalización, puesto que ni siquiera tuvo la posibilidad de practicar una determinación complementaria debido a que la compañía actora nunca presentó un reclamo administrativo respecto de las actas de determinación originales por lo que es correcta la aplicación del art. 131 del Código Tributario, que la caducidad alegada no es un argumento planteado por el actor en la demanda y que es la orden de determinación la que interrumpe el plazo de caducidad, lo cual ha sido ratificado por la Sala de Casación; que sobre si AGIP podía beneficiarse por reinversión de la tarifa del 25% o estaba obligada a satisfacer la tarifa del 44%, la sentencia aplica correctamente las cláusulas del Contrato de Servicios que mantiene la empresa con el Estado, que el contrato se sometió a la Ley de Impuesto a la Renta de septiembre de 1971 y su Reglamento de aplicación por lo que la sentencia concluye acertadamente que la norma del art. 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno no estaba vigente a la fecha de suscripción del contrato por lo que no podía

aplicar la tarifa reducida del 25%; que si por el acta de determinación del impuesto a la renta del 2000, el SRI podía ejercer la facultad determinadora conforme el art. 94.1 o 94.2 del Código Tributario, la Sala manifiesta que los fallos de triple reiteración que constituían jurisprudencia de obligatoria aplicación a la fecha en que se emitió el acta de determinación original, la que determina que se deberán considerar como declaración incompleta cuando existe omisión de registrar un rubro de ingresos dentro de la declaración, en cuyo caso la caducidad opera en seis años, que la sentencia aplica correctamente el numeral 2 del art. 94 del Código Tributario, porque AGIP omitió registrar dentro de los ingresos declarados del año 2000 el rubro correspondiente a la ganancia por Resultado por Exposición a la Inflación, omisión que provoca que la caducidad se produzca en seis años y no en tres como pretende la actora; que sobre si tiene sustento la glosa establecida por el SRI respecto al exceso de amortización por diferencial cambiario, solicita se rechace el recurso por cuanto no invoca ninguna causal que ataque o alegue una indebida aplicación en la sentencia de las normas en que se fundamentó para confirmar la glosa; que sobre los criterios emitidos en el Oficio N° 10718 de 26 de abril de 1988, la empresa se sujetó al marco legal vigente al tiempo de celebración del contrato y que es por ello que no cabe que la compañía pretenda sujetarse a un marco legal distinto aduciendo que existe el oficio en referencia, el que no forma parte del contrato de prestación de servicios, que el asunto no es objeto del recurso de casación. **CUARTO:** La sentencia niega totalmente la demanda propuesta por el representante de la Empresa y ratifica en todas sus partes el total contenido de las Resoluciones impugnadas emitidas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, todas del 28 de enero de 2008 con las que niega los reclamos de impugnación contra las Actas de Re-determinación que contienen diferencias a cargo de la actora por los ejercicios de 2000, 2001, 2002 y 2003 por impuesto a la renta de los mismos años, todas del 16 de julio de 2007, cuya legalidad y validez también reconoce. **QUINTO:** Esta Sala Especializada considera prioritario atender dos cuestionamientos que atañen al procedimiento, pues de su decisión depende que se pueda entrar a resolver o no los cuestionamientos de fondo. Así, respecto de la

presunta falta de aplicación del art. 256 del Código Tributario que regula el procedimiento de acumulación de autos, revisado el expediente esta Sala encuentra, que la Sala Segunda ante quien se solicita la acumulación por tramitar la causa más antigua, notifica con tal pedido a la Sala Primera, la que para cumplir con el contenido determinado en la norma referida requiere de la Segunda Sala, de manera reiterada, la remisión del expediente para poder verificar si procede o no tal acumulación, lo cual no es atendido por la Sala provocante; ante esta circunstancia, la propia Segunda Sala, en providencia de 7 de abril de 2010, rechaza la acumulación de autos, enervando de cualquier pronunciamiento a la Sala juzgadora, sin que se llegue a configurar el vicio acusado. **SEXTO:** En lo que tiene relación al ejercicio de la denominada facultad “re-determinadora” de la Administración Tributaria, consecuencia de lo cual, se han emitido las actas de re-determinación impugnadas a través de este juicio, la Sala formula las siguientes consideraciones: **6.1.** El ejercicio de la facultad determinadora, reconocida de manera expresa por el Código Tributario a favor de la Administración, art. 68, no está en discusión en la presente causa; lo que sí es menester dilucidar es cuándo y en qué condiciones puede la Administración Tributaria “re-determinar” o “verificar” sus propios actos y si ello es pertinente, mientras las actas de determinación “originales”, (se agrega la palabra entre comillas para marcar una diferencia entre las primeras y segundas actas), se encuentran impugnadas en acción contenciosa tributaria. Al respecto la Sala puntualiza lo siguiente: **6.1.1.** La “verificación” de determinaciones practicadas por la Administración o en forma mixta, en la denominación transcrita, está prevista únicamente en el art. 94.3 del Código Tributario, norma que regula el tema de la “caducidad de la facultad determinadora”, mas no la facultad determinadora de la Administración, por lo que el escueto contenido de la norma es insuficiente para justificar un accionar de la Administración, de los efectos que tiene una verificación; **6.1.2.** Para aclarar adecuadamente el tema, es necesario precisar los efectos de la acción de impugnación contencioso tributaria que tienen que mirarse en dos perspectivas, en el inicio del proceso cuya consecuencia es la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado; y, a la conclusión del mismo con la sentencia, que convalida o

rechaza el actuar de la Administración; si convalida, cesa la suspensión de ejecutividad del acto; y, si rechaza, el acto se torna ineficaz; **6.1.3.** Para el caso, es necesario mirar los efectos que provoca al inicio, la interposición de la acción de impugnación, ya que en ese momento no existe sentencia; y, desde luego que el efecto es la suspensión de la ejecutividad del acto, a la espera de la decisión judicial, mediante sentencia; **6.1.4.** Los efectos iniciales de la impugnación judicial de las “primeras” actas de determinación, como queda dicho, no suspende el ejercicio de la facultad determinadora de la Administración pues no es el tema que se pone en discusión cuando de impugnación judicial se trata, pero si surte efectos suspensivos sobre la “*ejecutividad del acto*”, razón por la que la Administración Tributaria debe esperar el pronunciamiento del juez para actuar en consecuencia; no hay que olvidar que, como lo señala la doctrina, el contencioso administrativo, que también es aplicable al contencioso tributario, es un mecanismo de impugnación ex post a la actuación de la administración, al resultado de su actuación, medio con el que se cuestiona la legitimidad del acto administrativo, consecuencia de lo cual, si el juez encuentra fundadas las razones del cuestionamiento, declara su ineficacia; **6.1.5.** Entonces, mal puede pretender la Administración Tributaria, a título de ejercer verificación de actos de determinación, revisar sus propios actos que ya han sido impugnados judicialmente, cuya ejecutividad se encuentra suspendida, hasta que la justicia especializada resuelva lo que corresponda; de proceder así, corre el riesgo, la propia Administración, de perjudicar con su accionar, los intereses del Estado, ya que bien cabe, dentro de las posibilidades, que la justicia deje sin efecto las re-determinaciones y deje también sin efecto las determinaciones, con lo que el actuar de la administración, por sus propias acciones, perdería eficacia; **6.1.6.** Este actuar de la Administración Tributaria obstruye la administración de justicia sobre actos impugnados, resiente los principios que rigen el proceso judicial, como el de sistema-medio de administración de justicia, el de tutela judicial efectiva de los derechos, el de obligatoriedad de administrar justicia y el de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos (arts. 18, 23, 28 y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial); **6.1.7.** No es verdad que la Administración Tributaria quede

sin opción de aplicar el contenido del art. 94.3 del Código Tributario, dado que bien puede hacerlo, pero dentro del contexto que debe entenderse una verificación de un acto de determinación, que no es otra que una revisión de lo ya actuado en el caso, una revisión de las actas de determinación “originales”, exclusivamente dentro de su propio contenido, el ejercicio del que se trate, lo cual conduciría al resultado de que subsistan sin contradicción, el acta original y el acta resultado de la revisión, pues aquello no entraña incompatibilidad, lo que si sucede si como consecuencia de la aplicación de la atribución revisora y como resultado de su ejercicio, se deja sin efecto la primera, ya que allí si se incurriría en el sin sentido de revisar lo inexistente. Para que opere la revisión, debe necesariamente, existir y subsistir el acto revisado; con ello, el acto revisado puede seguir su trámite de impugnación judicial y el resultado de la revisión, ser sometido a una nueva impugnación, sin incurrir en contradicciones ni vacíos; **6.1.8.** En el caso en estudio, la Administración Tributaria, no solo que extralimitó su accionar al disponer la revisión de actas cuya ejecutividad estaba suspendida como efecto inicial de la impugnación judicial, sino que vació de contenido su accionar al dejar sin efecto las que supuestamente verificó, con lo que se incurriría en el absurdo de haber verificado algo inexistente; el resultado del ejercicio de la facultad revisora, se insiste, demanda la existencia del acto revisado y del que resulte del ejercicio de tal revisión, jamás la extinción de uno de ellos; **6.2.** No se puede por consiguiente, entrar a revisar los temas de fondo, en tanto el ejercicio de la facultad verificadora, en los términos ejercidos por la Administración Tributaria resulta improcedente. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia recurrida y declara nulas las Resoluciones impugnadas emitidas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, todas del 28 de enero de 2008 con las que niega los reclamos de impugnación contra las Actas de Re-determinación que contienen diferencias a cargo de la actora por los ejercicios de 2000, 2001, 2002 y 2003 por impuesto a la renta

de los mismo años, todas del 16 de julio de 2007, consecuencia de lo cual se declaran también nulas las actas de re-determinación practicadas por la Administración. Subsisten por consiguiente las actas de determinación "originales", en tanto no se resuelvan las impugnaciones judiciales planteadas en contra de ellas y subsiste también el derecho o facultad de la Administración para re-determinar luego de ejecutoriada la sentencia de instancia. Notifíquese publíquese y devuélvase.-f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela (v.s.). CONJUEZ. Certifico.-f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, SECRETARIA RELATORA.

**VOTO SALVADO: DR. GUSTAVO DURANGO VELA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Quito, 6 de Agosto de 2012. Las 10h00. VISTOS:** Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución N° 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 3 de mayo del 2010, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, niega totalmente la demanda presentada por el señor Livio Burbi, en su calidad de Apoderado General y por tanto representante legal de la compañía AGIP OIL ECUADOR B.V., y declara que las Resoluciones N° 117012008RREC001571, 117012008RREC001595, 117012008RREC001596 y 117012008RREC001600 de 28 de enero de 2008, emitidas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, que a su vez confirman las Actas de re-determinación Tributaria N° 1720070100014, 1720070100079, 1720070100078 y 1720070100077 que contienen diferencias a cargo de la actora por los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003 en concepto del impuesto a la renta por los mismos ejercicios, todas del 16 de julio de 2007.- Dentro del término concedido en el Art. 5 de la Ley de Casación, el señor Sandro Gruttaduria, nuevo Apoderado General de la compañía actora, tal como lo demuestra con copia Protocolizada de su Mandato que adjunta, presenta

su escrito contentivo del pertinente recurso.- Aceptado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 26 de mayo de 2010, el recurrente solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia y conforme lo dispone el Tribunal juzgador, presenta la pertinente garantía bancaria, por lo que se suspende su ejecución. Una vez que ha subido en conocimiento de esta Sala para que se confirme o revoque tal aceptación, se ha ratificado la misma en auto de 14 de julio del mismo año, en el que además se ha corrido traslado a las autoridades del Órgano de la Administración Tributaria demandada para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación. El Dr. Bernardo Chaves Chimbo, Procurador Fiscal de la Autoridad demandada, dentro de tiempo, se ha pronunciado en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir 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, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y el numeral 1 de la II parte del Art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** El representante legal de AGIP OIL ECUADOR B.V. en el escrito que contiene su recurso (fs. 1129 a 1156 de los autos) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero y segundo del Art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha infringido por *falta de aplicación* los arts. 255, 256, 94.1, 94.3, 244 y 131 del Código Tributario, 198 y 199 de la Constitución Política de la República; 75, 172 y 424 de la vigente Constitución; del 15 del Código de Procedimiento Civil; 85, 2, 7 y 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno y Disposición Transitoria 6ta. del Reglamento para la Aplicación de la LRTI y 18 de la propia Ley; *por aplicación indebida* de los arts. 3, 8, 9.2 y 9.4 del Reglamento Orgánico Funcional del SRI, del 207 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, 131, 134, 94.3 del Código Tributario; y, por *indebida aplicación* del art. 7 regla 18 del Código Civil y de precedentes jurisprudenciales obligatorios. En resumen, considera que la Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de Quito, no aplicó el Art. 256 del Código Orgánico Tributario al no

aceptar una acumulación de procesos afectando los principios de seguridad jurídica, economía y celeridad, causando con ello violación de trámite y su efecto que no es otro, que la nulidad procesal insanable. Adicionalmente, y respecto de la nulidad de las Actas de re-determinación, por incompetencia del Director Regional Norte del SRI, pues fueron emitidas cuando las Actas de determinación ya se encontraban en litigio ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, y para ello la sentencia se basa en lo dispuesto por el Art. 207 del Reglamento para la aplicación de la LRTI, que lo que faculta, es la emisión de actas de determinación previa discusión de los borradores, y esto porque no hay norma legal alguna que permita al referido Director Regional dejar sin efecto una acta ya impugnada en la fase contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal.- Respecto de que si el SRI debió efectuar una determinación complementaria o una re-determinación, la Sala se equivoca al considerar que si procede la aplicación del art. 94.3 del Código Tributario que faculta al SRI a redeterminar o verificar en un año desde la notificación, las actas de determinación, con lo cual se ha aplicado indebidamente además del 94.3, el Art. 131 del Código Tributario, pues el asunto ya había pasado a la instancia contenciosa, adicionalmente las Actas de determinación originales fueron notificadas el 9 de septiembre de 2005 y las actas de re-determinación el 16 de julio de 2007, es decir fuera del año que tenía el SRI para el efecto, produciéndose la caducidad de su facultad re-determinadora.- Respecto de la diferencia que debía AGIP pagar por reinversiones, la Sala juzgadora no aplica el Art. 85 de la LRTI, argumentando que tal norma no estaba vigente a la fecha de suscripción del contrato y porque no cabe acogerse a doble beneficio por el mismo hecho: reembolso de costos y gastos y disminución del porcentaje impositivo, lo cual, según el recurrente, es contradictorio pues por una parte dice que no está vigente la norma y por otra sostiene que procede aplicársela cuando las inversiones son "voluntarias" y exceden el límite del 10% previsto en la Ley de Hidrocarburos. Que consta en las actas de re-determinación, que con excepción del 2000, se han hecho las mencionadas reinversiones, por tanto se ha configurado la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, sin que la ley haya señalado ninguna otra condición, como aquella sostenida por la Sala, de que

la reinversión deba efectuarse en otra actividad distinta de la prestación de servicios. Sobre el hecho de que no cabe beneficiarse doblemente de doble beneficio (SIC), hace alusión de las actas de discusión del Art. 85 de la LRTI, en las que han intervenido los Ministros de Energía y Finanzas de ese entonces (diciembre de 1989) "evitar que esas utilidades sean remesadas al exterior" y darle el tratamiento que tienen las demás empresas en el país; respecto a si la caducidad debía contarse en 3 o 6 años, conforme el Art. 94.2 del Código Tributario, afirma el recurrente que, la Sala juzgadora sostiene que la caducidad en 3 años sólo se daría cuando la Administración verifique que la declaración del sujeto pasivo es correcta y que hace mal en considerar que su representada no incluyó todos los ingresos gravables en la declaración del 2000, sin que lo diga o sostenga que se ha "ocultado ingresos gravables" por cuanto se registró USD \$1'080.036 como "Gastos de Investigación, Exploración y otros" (casillero No. 363 de la declaración como activo) cuando debió considerarse "ingreso", es decir en el peor de los casos, por un equivocado registro, pues no hay ocultamiento de ingresos y por tanto la caducidad en 3 años, aplicando erradamente la jurisprudencia que ellos mismos refieren; la Sala incurrió también en falta de aplicación de los Arts. 2, 7 y 8 de la LRTI, pues la Administración pretende que considere a la Partida "Resultado por Exposición a la Inflación" como un ingreso gravable del 2000, pese a que se lo consideró como tal en el 2001 y se pagó el impuesto correspondiente, por lo que se estaría duplicando el pago, pero que en último de los casos se debe compensar el pago realizado en exceso en el 2001 con el faltante del 2000, produciéndose también falta de aplicación de la Disposición Transitoria 6ta. del Reglamento para la Aplicación de la LRTI, que permite amortizar el diferencial cambiario "hasta" en 5 años lo que la Sala no lo considera.- Que por todo ello, solicita se acepte el recurso y se eleve el expediente a la Sala Especializada de la Corte Nacional. **TERCERO.-** Por su parte, el Procurador Fiscal de la Administración Tributaria demandada, en su contestación al recurso (fs. 3 a 17 y vta. del cuadernillo de casación) en defensa de la sentencia, y en el orden que ha sido recurrida, manifiesta: I. En relación a la acumulación solicitada por el actor, dice que la Primera Sala hizo bien en rechazarla, porque la Segunda se negó a proporcionar

las copias requeridas del proceso N° 23552, pues no pudo determinar si se cumplían o no los requisitos de procedibilidad señalados en el Art. 255 del Código Tributario y que fue la Segunda Sala la que resolvió rechazar la petición de acumulación y la reunión conjunta que, tenía que realizarse por mandato del Art. 256 del Código Tributario, debió ser convocada por la Segunda Sala. II. No se ha producido la nulidad alegada por el actor, pues no se ha viciado el proceso de nulidad ni se ha provocado indefensión, según los Arts. 349, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. III. Que la Primera Sala ha tramitado y resuelto este juicio, cumpliendo con el principio de celeridad, exigido por la Constitución y leyes de la República. IV. Sobre la nulidad de las actas de re-determinación por incompetencia del Director Regional Norte del SRI, pues el asunto ya había pasado a competencia del Tribunal Distrital de lo Fiscal. alega que la facultad determinadora es inherente a toda Administración tributaria y no puede ser conculcada por el hecho de que el acto administrativo se encuentre impugnado judicialmente, pues resulta saludable que ante errores cometidos por la Autoridad, pueda ella misma rectificarlos, dejando sin efecto el acta original aunque ésta esté discutiéndose en el ámbito jurisdiccional, porque lo contrario sería que el SRI pueda refiscalizar sólo cuando el contribuyente ha tenido a bien, no demandar el acta original; además no existe nulidad de las actas de refiscalización porque no se han cumplido ninguno de los requisitos señalados en el Art. 139 del Código Tributario, que la sentencia no ha aplicado erróneamente el Art. 134 del Código Tributario que, obliga a la administración a pronunciarse a pesar de que haya operado el silencio administrativo y sin importar que exista demanda de aceptación tácita ante el Tribunal Distrital, pues su derecho a refiscalizar nace de la ley. Que el órgano que emitió la sentencia, es parte de la Función Judicial y se cumple el Art. 198 de la Constitución. V. Que es correcta la aplicación por parte de la sentencia del Art. 131 del Código Tributario, pues revisar actos de determinación a través de una determinación complementaria cuando el contribuyente ha presentado reclamo, o por refiscalización cuando no lo ha hecho, es potestativo de la Administración, que no se ha producido la caducidad de la facultad de redeterminar, pues esta debe contarse hasta la fecha de notificación de la

orden de verificación. VI. Sobre si AGIP podía beneficiarse con la tarifa del 25% o estaba obligada a satisfacer el 44%, no hay error, pues la sentencia aplica correctamente las cláusulas del Contrato de Servicios que mantiene la compañía con el Estado ecuatoriano, efectivamente del contrato celebrado el 16 de junio de 1988 entre CEPE y ARCO ORIENTE, que posteriormente cedió sus derechos a AGIP, se encontraban incorporadas las leyes vigentes a esa fecha (Ley de Impuesto a la Renta de 8 de septiembre de 1971) y su Reglamento del 11 de octubre de ese año, por tanto no era aplicable el Art. 85 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Es el Estado ecuatoriano el propietario de todas las inversiones y por ello debe reembolsarlas en caso de que se descubran yacimientos de petróleo, reembolsos que debían ser previamente aprobados. Por tanto no cabe aplicar el 25% de tarifa reducida, porque el Estado ya le devolvió esa utilidad, por lo que cabe aplicar incluso lo señalado en el Art. 17 del Código Tributario, por todo lo cual no cabe los argumentos del recurrente sobre la aplicación de la ley y su retroactividad. VII. Sobre el plazo de caducidad, la sentencia hace bien en aplicar el Art. 94.2 del Código Tributario y la NEC 17, puesto que AGIP omitió registrar dentro de los ingresos declarados del año 2000, el rubro que corresponde a ganancias por Resultado por Exposición a la Inflación, lo que ocasiona que la caducidad se produzca en 6 y no en 3 años como pretende el recurrente.- VIII. En cuanto a la glosa por diferencial cambiario, el recurso no invoca ninguna causal que haya inaplicado la sentencia, la que por el contrario con acierto refiere al numeral 8 del Art. 7 del Reglamento a la LRTI y 58 de la Ley de Impuesto a la Renta, puesto que el plazo para amortizar es de 5 años, a razón del 20% anual como se señaló en el Acta de Determinación. IX. Sobre los criterios emitidos en el Oficio N° 10718 en la sentencia, en el sentido de que no forma parte del contrato original por cuanto su texto no está incorporado en su cláusula tercera ni lo ha sido posteriormente, lo que no ha sido materia de casación y por tanto debe confirmarse la glosa, que la consulta y absolción no tienen relación con el punto controvertido, ya que no se refiere a la reinversión de todas las utilidades glosadas por la Administración y el Oficio ratifica la posición de la Administración en aplicar la tarifa del 44.4% cuando las utilidades sean enviadas al exterior.- Que por

todo lo expuesto, solicita se rechace el recurso y se ratifique la sentencia.- **CUARTO.-** Esta Sala Especializada considera que, debe dilucidarse en primer término si en la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, existe falta de aplicación del Art. 256 del Código Tributario, al no haber aceptado la acumulación de procesos promovida por la Segunda Sala del mismo Tribunal, que según el recurrente, ha afectando los principios de seguridad jurídica, economía y celeridad, causando con ello violación de trámite y su efecto que es la nulidad procesal; de la revisión del proceso ciertamente se desprende que la Sala juzgadora hizo lo posible para que le sean remitidas copias del proceso N° 23552, lo que no fue atendido, y de esta manera no se pudo establecer si se cumplían o no los requisitos de procedibilidad señalados en la norma, amén de que en providencia de 7 de abril de 2010 la propia Segunda Sala rechazó la acumulación de autos, por lo que se confirma la apreciación de la citada norma que ha sido hecha por la Sala juzgadora. **QUINTO.-** El segundo punto trascendente que debe ser dilucidado por esta Sala, es el que se refiere a la posibilidad de la Administración Tributaria de realizar una re-determinación tributaria, una vez que las actas de determinación originales han sido impugnadas en la esfera o vía contenciosa tributaria ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal. Al respecto esta Sala hace las siguientes consideraciones: 1) La única norma que hace relación a las re-determinaciones o verificaciones a declaración, es la referida en el numeral 3. del Art. 94 del Código Tributario, cuyo texto es el siguiente: *“En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos”*, (subrayado fuera de texto) y ésta al hablar de la caducidad de la facultad determinadora y referida únicamente al plazo que tiene la Administración para verificar, pues este implica reexaminar lo antes fiscalizado y no reiniciar un proceso de control global que sí tenía en la inicial; 2) La realización de esta verificación supone por lógica consecuencia, la existencia de una acta de determinación, pues sin esta no es factible que se haya producido una verificación; 3) En el caso concreto, tenemos que las Actas de Re-determinación Tributaria N° 1720070100014, 1720070100079, 1720070100078 y 1720070100077 que contienen diferencias a

cargo de la actora por los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003 en concepto del impuesto a la renta del 16 de julio de 2007, han dejando sin efecto ni valor las determinaciones originales, con lo cual uno de los supuestos procesales imprescindibles dejó de existir, no cabe pues redeterminarse sobre algo que ya no existe. 4) Considera esta Sala que si las actas originales estaban siendo impugnadas en la vía contenciosa ante el Tribunal Distrital, la Administración sólo podía reconsiderar las actas, en caso de que sea reconociendo en todo o en parte el derecho del administrado o contribuyente en este caso, como así lo dispone el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, aplicable a la materia tributaria, según lo dispone el inciso primero y que textualmente dice: *“No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.”*; plenamente concordante con lo que señala el Art. 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ambas normas aplicables a este caso, por mandato del Art. 14 del Código Tributario que determina que las demás normas de derecho son supletorias de esta jurisdicción, ésta última dispone: *“Si propuesta la demanda en lo contencioso administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal.- El Tribunal, previa comprobación de lo alegado, declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del proceso.”* Por todo ello y esencialmente porque no cabía dejar insubsistente las actas de determinación, se considera que en la sentencia recurrida efectivamente, se ha aplicado indebidamente los artículos 134 y 94.3 del Código Tributario.- Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario 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**, acepta el recurso de casación en cuanto considera que la Sala a-quo, no tenía competencia para pronunciarse sobre actas

de re-determinación o verificación y menos para haber dejado insubsistentes las de determinación originales que, por encontrarse impugnadas ante el juez contencioso tributario, deben seguir la suerte que la respectiva sentencia señale.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.- f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela (v.s.). CONJUEZ. Certifico.- f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez SECRETARIA RELATORA.

### 282-2010 / ACLARACION

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-** Quito, 13 de Septiembre de 2012. Las 10h30. **VISTOS:** SANDRO GRUTTADAURIA por los derechos que representa de la compañía AGIP OIL ECUADOR B.V., mediante escrito de 9 de agosto de 2012, solicita aclaración de la sentencia dictada por esta Sala el 6 de agosto de 2012, dentro del recurso de casación N° 282-2010, con dos acápites, 1. Respecto de si con este fallo de casación la Sala no convalida o deja sin efecto el contenido de las actas de determinación "originales" ya que con este proceso se refiere única y exclusivamente a las actas de "re-determinación", que en consecuencia debe entenderse que con respecto a las actas de determinación "originales", las partes han de estar a lo que se decida en las sentencias y autos de última instancia que pongan fin a los procesos judiciales iniciados contra cada una de esas "actas originales, toda vez que la nulidad de las actas de "re-determinación" declaradas en este fallo de casación no conlleva o deriva en la validez o invalidez de un acto de determinación distinto a aquel que constituía materia de esta litis; y, 2. Respecto a que la Administración mantiene el derecho o facultad para re-determinar siempre que no haya operado el plazo de caducidad establecido en el Código Orgánico Tributario para el efecto. Corrido traslado con el pedido, la Autoridad demandada lo contesta, respecto del acápite 1 de la petición de aclaración, que no existe

oscuridad ya que el pronunciamiento de la Sala de Casación, claramente indica que las actas de determinación originales subsisten, por lo que la petición es improcedente; sobre el punto 2, considera que en la sentencia no se expresa desde el punto de vista estrictamente legal, pregunta cómo podría el SRI efectuar la re-determinación tomando el contenido del art. 94.3 del Código Tributario que transcribe, y los plazos establecidos en la misma norma para el ejercicio de esta facultad; solicita a la Sala que explique, al amparo de qué norma jurídica correría el plazo para ejercer la facultad para re-determinar las obligaciones tributarias de la actora, luego de ejecutoriada la sentencia de instancia, situación que al parecer no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El art. 274 del Código Tributario, norma aplicable a la aclaración en materia contencioso-tributaria, establece que ésta tendrá lugar si la sentencia fuere oscura, es decir que resulte ininteligible. En el presente caso, lo resuelto por la Sala es suficientemente claro y explícito, así, en lo relacionado con el acápite 1, expresamente se señala en la sentencia que "*Subsisten por consiguiente las actas de determinación "originales" en tanto no se resuelvan las impugnaciones planteadas en contra de ellas...*"; y, en lo que tiene que ver con lo peticionado en el acápite 2, resulta de lógica entender que dicha facultad subsiste siempre que no haya operado el plazo de caducidad establecido en el Código Tributario. No se atiende lo solicitado por la Administración en su contestación al traslado del pedido de aclaración de la empresa actora, por resultar extemporáneo. En estos términos se atiende el pedido de la empresa actora y ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen para los fines consiguientes. Notifíquese y devuélvase.- f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela (v.s.). CONJUEZ. Certifico.- f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez; SECRETARIA RELATORA

**3.5.6. Juicio N° 535-2010****Asunto:** Impugnación de Glosas**Juez Ponente:** Dr. José Suing Nagua**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-****Quito, a 28 de Agosto de 2012.- Las 10h00.**

**VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de 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, los señores Jorge Cevallos Jácome y Jairo Dueñas Orjuela, representantes legales de TECHINT CONSTRUCTION CORPORATION, TENCO y la Dra. Mayté Benítez Chiriboga, a nombre y representación del Director General y del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, interponen sendos recursos de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada el 23 de septiembre de 2010 por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación N° 25450-2007-3423 que sigue TENCO en contra de la Administración Tributaria; calificados los recursos, las partes intervinientes los contestan en tiempo oportuno; siendo el estado del proceso el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Esta Sala es competente para conocer y resolver los recursos interpuestos, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el art. 1 de la Ley de Casación y numeral 1 de la parte II del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO:** Los representantes legales de la Empresa actora, TENCO sostienen que basan su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación; consideran que la sentencia no ha aplicado (falta de aplicación) la Disposición Transitoria Tercera del Decreto Ejecutivo N° 3055 de 08 de octubre de 2002; la Resolución N° 0941C del SRI de 02 de diciembre de 2002 y el art. 273 del Código Tributario en concordancia del art. 274 del Código de Procedimiento Civil; y el art. 11 del Código Tributario en concordancia con el art. 6 del Código Civil. Manifiestan que el Reglamento de Retención del Impuesto a la Renta (Decreto 3055) establece un nuevo sistema de retenciones en el país,

y por tanto, con buen criterio su Transitoria Tercera dispone que entre en vigencia a partir del primer día del subsiguiente mes a su publicación (1° de diciembre de 2002), sin embargo el SRI no acepta las retenciones efectivamente hechas por la Empresa OCP durante los meses de noviembre y diciembre de 2002, argumentando que no existe "autorización del SRI" inserta en aquellos documentos. La sentencia acepta la existencia de los documentos y la entrega de la retención al Fisco y por ello desconoce el crédito fiscal en favor de TENCO, que se aplica la mera formalidad no sustancial en contra de un hecho real, causando un grave perjuicio, conforme se demostró oportunamente. Ello ha hecho que la Sala juzgadora no cumpla lo previsto en el art. 273 del Código Tributario y el 274 del CPC; que la falta de aplicación de la Resolución No. 0941-C emitida por la Dirección General del SRI de 2 de diciembre de 2002, cuyo art. 14 proroga hasta el 1 de enero de 2003 las disposiciones sobre comprobantes de retención, se acomoda a la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, pues su propósito era ampliar el plazo para la aceptación y aplicación de las nuevas normas de retenciones en la fuente, que fue abiertamente inaplicada por los auditores gubernamentales que intervinieron a TENCO, sin ninguna justificación. Que si bien esta Resolución no se mencionó en la demanda, era obligación de los jueces suplir tal omisión de derecho. Que por todo esto, solicitan se case la sentencia y se acepte el crédito fiscal en su favor, consecuencia de los comprobantes de retención no aceptados por la Administración. **TERCERO:** Por su parte, la Procuradora Fiscal de la Administración Tributaria, en el escrito que contiene su recurso expresa que las causales en las que se fundamenta son la primera tercera, cuarta y quinta del art. 3 de la Ley de Casación; considera que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 76, literal m) de la Constitución Política; arts. 82, 258 y 273 del Código Tributario, 10 y 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno; arts. 21, numeral 6, letra g, 6,16, 23, 27 y 116 de su Reglamento de Aplicación; art. 274 del Código de Procedimiento Civil y todo el Reglamento de Comprobantes de Venta, en especial el art. 11. Manifiesta que: 1)

La sentencia de mayoría no está debidamente motivada, como era su obligación constitucional y legal y lo reconoce el propio voto salvado, que en los argumentos jurídicos de la sentencia no hay ninguno que desvirtúe las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos, lo que se traduce en falta de aplicación de normas de derecho; 2) Existe un ingreso por venta de activos fijos, que la sentencia no lo considera inaplicando de esta manera el art. 21, numeral 6, literal g) del Reglamento a la LRTI. La depreciación se realiza cuando la Empresa ha adquirido un bien pagando un precio, el costo incurrido en la compra del activo justifica la depreciación. En el caso, la compañía deduce el gasto de la depreciación y vende al mismo precio, que sostener que la internación temporal con reexportación en el mismo estado no conlleva una venta al tratarse de una sucursal, si existe un contrato de préstamo, puede también haber una venta, arrendamiento o cualquier otro contrato, en conclusión existe una ganancia en la reexportación y una ganancia al utilizar la depreciación como gasto, criterio que se justifica con la factura emitida por la empresa; 3) Se glosaron valores referentes a prestaciones laborales sobre los cuales no se aportaron al IESS, si el aporte fue posterior a la declaración del impuesto a la renta, no puede considerarse como gasto deducible. La sentencia sostiene que no había en el año discutido, norma legal alguna que obligue a afiliar a los Gerentes o representantes legales y que la glosa al ser globalizada, carece de motivación pues debió singularizar la nómina detallada de quienes recibieron el 15% de participación laboral en las utilidades de la empresa, que la sentencia contradice los precedentes jurisprudenciales obligatorios constantes en los casos 167-2006 y 63-2007, como se hace mención en el voto salvado; 4) Que la esencia debe primar sobre la forma, pues la Sala se toma de un error de digitación para desvanecer totalmente la glosa, lo cual es contrario a lo señalado en la LRTI; 5) Las glosas por reembolsos de gastos debieron ser ratificadas, pues no estaban soportados en debida forma, poniendo en evidencia lo contradictorio entre el voto de mayoría y el salvado, inaplicando el Reglamento de Comprobantes de Venta y el art. 258 del C.T.; 6), 7), 8) y 9) Los costos y gastos presentados por TENCO no son deducibles, puesto que en las facturas presentadas como soporte del gasto, no consta la au-

torización del SRI, no se realizó la respectiva retención, no cumplió los requisitos reglamentarios para el reembolso de gastos, no están a nombre del contribuyente y los intereses por mora tampoco pueden ser deducibles; 10) La Sala no puede conocer aquello que se encuentra en trámite dentro de otra causa como ha sucedido en esta causa y se refiere a la glosa por retenciones en la fuente que se encuentra pendiente de resolución en el juicio No. 25334, sin embargo la actuación de la Administración se apegó a derecho y a precedentes jurisprudenciales, configurándose la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación. Pide se suspenda la ejecución de la sentencia y se eleve el expediente a la Corte Nacional. **CUARTO.-** En la contestación al recurso, la Administración Tributaria alega que el planteado por la Empresa TENCO es improcedente, porque pretende que se declare la validez de las retenciones en la fuente que fueran rechazadas por la Sala "ad-quem", por no cumplir su obligación de imprimir el número de autorización y no ha demostrado la Cuenta retenciones a terceros y anticipo de impuestos, lo que conllevaría una nueva valoración de la prueba, lo cual no es permitido. Que el término "subsiguiente" utilizado en el Decreto Ejecutivo N° 3055 de 8 de octubre de 2001, implica su aplicación desde el 1 de noviembre y no de diciembre como pretende la Empresa. Igual de inoficioso es el argumento de falta de aplicación de la Resolución N° 0941-C, pues si bien se autoriza aplicar las Disposiciones sobre Agentes de Retención hasta el 1 de febrero de 2003, TENCO contaba con esa autorización, entonces su omisión fue una negligencia que no puede ser subsanada, lo que conlleva además una nueva valoración de prueba. Que el crédito fiscal reclamado por la empresa, es materia de otro juicio que no ha sido resuelto y son del ejercicio 2002. Por todo lo cual solicita sea rechazado el recurso propuesto por la Empresa actora. **QUINTO:** En la contestación al recurso de la Administración por parte de la Empresa TENCO se refiere a los antecedentes de la litis y argumenta que el escrito del SRI no reúne los requisitos, pues no se especifica la causal en que se funda, no existe una concatenación ni coherencia que la ley exige y las señaladas como causales 1, 2 y 3 son incompatibles y hasta contradictorias, cita jurisprudencia en respaldo de sus aseveraciones. En relación a la causal esgrimida por el SRI como falta de motivación en la

sentencia, para lo cual se respalda en el literal l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República y de los arts. 273 y 82 del Código Tributario, causa de nulidad detectada, según el SRI, incluso en el voto salvado, pero no explica, cuándo ni cómo ello se produce; por el contrario, la sentencia explica en diez considerandos (del 5 al 15) una a una las glosas que confirma o deja sin efecto, con la aplicación de las normas jurídicas que consideran pertinentes. Sobre la glosa de activos fijos, además de un lapsus calami, existe una incoherencia cuando basa el pedido de casación en la falta de aplicación del art. 21 del RLR-TI, pero a continuación se sostiene la “errónea interpretación” de la misma norma, es decir con total falta de concatenación y además sin ninguna argumentación propia del SRI. Que la verdad de los hechos, demostrados procesalmente es que en la devolución de bienes al exterior no existe una “venta”, ni se provoca un “ingreso” que deba tributar, pues se ingresaron equipos bajo el régimen de internación temporal con reexportación en el mismo estado, que los bienes fueron activados y utilizado el gasto de depreciación, por lo que liquidó y pagó el IVA generado sobre la base de esta depreciación de equipos (USD \$ 7’738.431,04), que al finalizar los trabajos los bienes fueron devueltos al exterior, pagando el proporcional de los derechos arancelarios causados, debiendo presentar “factura sólo para efectos aduaneros” para cumplir un requisito operativo de la aduana, la que no fue contabilizada pues no implica una compra venta entre TENCO principal y TENCO sucursal, conforme lo corroboraron los informes de los dos peritos designados, por tanto no existe un ingreso tributable como lo presume el SRI, además está mal formulado el pedido pues se han utilizado 3 causas diferentes sobre la misma norma jurídica. Sobre la glosa de pagos de sueldos y salarios, recurre porque la sentencia resuelve “fuera de la aplicación” del numeral 9 del art. 10 de la LRTI, sin otra argumentación que la transcripción del voto salvado, cuando en realidad los pagos hechos al personal no es materia gravada conforme a la normativa de la seguridad social, por tratarse de situaciones que no tienen el carácter de normal en la industria o servicio, más si ellos cumplieron la obligación de la retención del impuesto a la renta. Sobre la glosa por ser gastos que no pertenecen a TENCO, critica el argumento del SRI

al pretender si aplique la esencia sobre la forma, pero en la glosa sobre activos fijos, se niega a hacerlo, demostrando posiciones contradictorias. Sobre la glosa por reembolsos de gastos, manifiesta que el escrito de casación del SRI no tiene fundamento, pero que presume que son USD \$ 20.000,00 determinados por no haberse expresado a cuáles documentos de importación se refiere, que no hay justificativo del gasto. Sobre las demás glosas referidas en su extenso escrito, los representantes de la Empresa actora, manifiestan que ninguno tiene sustento y que el SRI se ha limitado a transcribir la sentencia y sobre todo, el voto salvado, pero sin una objeción válida al criterio de la sentencia de mayoría. Sobre las provisiones del año 2003, y que fueron gastados en el 2004, que en el 2003 se incluyen el 2001 y 2002, porque se trata de un contrato en la modalidad de obra terminada, si no estuvo conforme debió levantar actas por ese año. La glosa por retenciones en la fuente es ratificada por la sentencia, en consecuencia al serle favorable a la Administración no procede la casación de quien no recibe agravio y en relación a que se pretende que se resuelva un tema que está impugnado en otro juicio, manifiesta que se trata de dos cuestiones totalmente diferentes y por tanto perfectamente válida la posibilidad de hacerlo a través de dos juicios. **SEXTO:** La sentencia de mayoría, acepta parcialmente la demanda y desvanece las glosas, conforme lo especifica en los considerandos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 y 13 y confirma las señaladas en los considerandos 4, 11, 14 y 15 referidas al impuesto a la renta y retenciones en la fuente por el ejercicio 2003, por lo que rectifica la Resolución N° 117012007RRECO33934 de 26 de octubre de 2007, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. **SÉPTIMO:** El primer cuestionamiento que debe considerarse es el relativo a la presunta falta de motivación de la sentencia, porque de ser cierta tal aseveración realizada por la Administración Tributaria recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida expresamente como causal para solicitar la casación. Luego de la revisión del fallo dictado por la Sala A quo, esta Sala Especializada encuentra que la fundamentación de hecho y de derecho para declarar parcialmente sin efecto la resolución impugnada consta desde el

considerando Tercero al Décimo Quinto; de ello, se deduce sin ningún esfuerzo que, la Sala juzgadora analiza los elementos controvertidos, al tenor de lo señalado en las normas de la Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con las del Código Tributario, que fueron argumento de la empresa accionante en su libelo de demanda, se hace una amplia apreciación de la prueba aportada por las partes, dentro del más amplio criterio de equidad o justicia; consideraciones que, hacen concluir, que, con excepción de una, en realidad el argumento de falta de motivación, obedece a que las mismas no concuerdan con las pretensiones de la recurrente, pero no por ello se puede concluir que no existe tal motivación en la sentencia, en consecuencia no es admisible la impugnación. **OCTAVO:** En el orden que han sido formuladas, se resolverán las impugnaciones a la sentencia por la Empresa actora: **8.1.** Basa su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, porque según ella no se aplicó la Disposición Transitoria Tercera del Decreto Ejecutivo N° 3055 que reglamenta la emisión de los “comprobantes de retención” que disponía que se lo aplique a partir del “primer día del subsiguiente mes de su publicación en el Registro Oficial”, entonces, si fue publicado el 8 de octubre de 2002, debió regir desde el 1 de diciembre de 2002, sin embargo, dice que la sentencia, aceptando la existencia de los comprobantes, no los admite porque el número de autorización del SRI no se encuentra inserta en los documentos. La Administración sostiene que lo subsiguiente es lo que sigue inmediatamente, en consecuencia debe aplicarse la normativa desde el 1 de noviembre y no del 1 de diciembre. No hay discusión sobre la falta de autorización de impresión en los comprobantes, pues en ello concuerdan las partes y los peritos, lo que se discute es si este requisito se debía exigir desde el 1 de noviembre o el 1 de diciembre, pues la duda nace de la palabra “subsiguiente” constante en la 3ra. Transitoria del Decreto 3055. Para colegir el alcance del término, se recurre al art. 11 del Código Tributario que dispone que, las leyes tributarias, sus reglamentos y circulares entrarán en vigencia, en aquellos tributos cuya liquidación se haga por períodos mensuales o menores, a partir del primer día del “siguiente” mes; por lo mismo, si el Decreto utilizó la palabra “subsiguiente”, se refiere al que continua, para el caso, debió aplicarse

desde el 1 de diciembre del 2002 y no del 1 de noviembre de ese año que corresponde al siguiente y no al subsiguiente que es el término utilizado. En cuanto a los comprobantes de retención del mes de diciembre de 2002 también glosados, la sentencia considera luego del análisis de la prueba aportada, que no se han adjuntado copias certificadas de las cuentas 1343 y 1345, que servirían de elementos de juicio para convalidar los valores retenidos y demostrar las aseveraciones de la actora, apreciación que por ser dentro del más amplio criterio de equidad o judicial conforme lo permite y señala el art. 270 del Código Tributario, no es materia de pronunciamiento en casación. En consecuencia, se acepta la impugnación por el mes de noviembre, pero se deja en firme la que corresponde al mes de diciembre de 2002, y en este sentido se casa parcialmente la sentencia. **8.2.** Sobre el recurso de casación planteado por el Servicio de Rentas Internas: **8.2.1. (Punto 2 de su escrito)** Errónea interpretación del art. 21 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, pues la compañía sólo puede deducirse como gasto la depreciación de activos fijos que sean de su propiedad y si bien aparece como internación temporal, la Administración presume que existe un contrato de compra venta, pues la sustancia debe prevalecer sobre la forma; y si se reexportó al mismo valor, se glosa la diferencia. La Empresa por su parte, sostiene que, el bien es un activo propio ingresado al país en el régimen de internación temporal para ser reexportado en el mismo estado. En primer término debe considerarse que el régimen suspensivo de pago de impuestos aduaneros, no ha sido discutido por las partes, ni dejada sin efecto por el Órgano Aduanero competente, sin embargo para que ello proceda, ha de cumplirse lo señalado en el art. 58 de la Ley Orgánica de Aduanas, que a la letra dice: *“Importación temporal con reexportación en el mismo Estado es el régimen suspensivo del pago de impuestos, que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, para ser utilizadas con un fin determinado durante cierto plazo y reexportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal por el uso”* (subrayado fuera de texto). Ciertamente que el art. 21, numeral 6, letra g) de la Ley de Régimen Tributario Interno, para permitir considerar como gasto esa depreciación le impone dos condiciones: 1) Que el activo sea

propiedad del contribuyente y por tanto no sean arrendados; y, 2) El pago del impuesto al valor agregado sobre ese valor depreciado. Consta en los autos y no ha sido motivo de controversia, que TENCO depreció durante los tres años de permanencia en el país la máquina importada, y si es importada es evidente que fue recibida desde el exterior, sin que la Administración haya probado, como era su obligación, que haya existido entre TENCO ECUADOR y TENCO BAHAMAS un contrato de arrendamiento, venta, concesión o alguno otro que haga evidente la transferencia de tales bienes, que sería la única manera de desvirtuar el régimen suspensivo de pago de tributos por internación temporal, que por otra parte, es un régimen necesario para el país, para la ejecución de grandes obras de infraestructura, donde los costos por adquisición de maquinaria sofisticada y de gran envergadura, haría encarecer las obras más de lo que por sí representan en la economía del Estado. En otras palabras, si se acepta que hubo "internación temporal para reexportar en el mismo estado" no cabe la existencia de una "venta" y menos, que se haya obtenido ingresos por ese motivo. Si bien la existencia de una factura podría hacer dudar de la autenticidad del préstamo que sostiene y argumenta la Empresa actora, ésta no reúne ninguno de los requisitos formales señalados en el Reglamento de Comprobantes de Venta y en consecuencia no puede admitírsele como tal y menos utilizarse como documento válido para sustentar una deducción al tenor del art. 10 de la LRTI, pues tales requisitos reglamentarios, al decir de esta propia Sala en varios y concordantes fallos uniformes, no son simples formalidades sino requisitos sustanciales de las que depende su validez, mal entonces cabe que, para unos fines se deba aceptarlos y para otros, de acuerdo a la conveniencia, rechazarlos. Por todo eso, se considera que la Sala A quo, no ha infringido el art. 21 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, al haber resuelto desvanecer la glosa que por "venta de activos" ha determinado el SRI y se rechaza la casación propuesta. **8.2.2. (Punto 3.)** En relación a la aplicación indebida del No. 9 del art. 10 de la LRTI, por cuanto rubros que corresponden a prestaciones laborales se ha deducido la Empresa, pese a que no ha aportado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, convirtiéndose en gastos no deducibles conforme a la norma señalada; esta Sala Es-

pecializada considera que para el caso de los trabajadores y empleados, incluido el personal extranjero, que dichos beneficios sociales reconocidos en un determinado ejercicio económico, sólo se deducirán sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con el seguro social obligatorio cuando corresponda, a la luz de lo que dispone el artículo 10.9 de la LORTI, ya que no está demostrado que se trate de ingresos extraordinarios o excepcionales de los trabajadores, por el contrario, de las aseveraciones de la empresa actora se desprende que los emolumentos fueron entregados como anticipos a todos los trabajadores a ser liquidados con sus ingresos posteriores, que sólo al final fueron denominados como bono extraordinario, constituyéndose en ingreso normal de todos sus trabajadores, sujetos a aportación al seguro social obligatorio. Ahora bien, en relación al tema de las utilidades pagadas a apoderados, gerentes y representantes de la Empresa, la Sala coincide con el criterio vertido por la Sala juzgadora en el sentido de que no tienen derecho a participar en la distribución de utilidades ni la obligación de ser afiliados al seguro social por lo que el valor de USD \$ 274.980,00 no debe ser glosado, máxime si de tales valores se retuvo y pagó el impuesto a la renta. Por tales motivos se confirma la glosa establecida en el Acta, con excepción del rubro antes indicado. **8.2.3. (Punto 4.)** El SRI pide se case la sentencia, porque según dice, no puede estar la "forma sobre la esencia" y se ha desvanecido la glosa por gastos que no pertenecen a TENCO por existir un error de 2.000 dólares entre el valor determinado y la Nota puesta al pie del Cuadro No. 9 del Acta de Determinación; ciertamente esta Sala considera que un "lapsus calami" como el error en un dígito, no puede ni debe ser motivo para desvanecer una glosa, pues evidentemente carece de una motivación razonada y lógica, por lo que se casa la sentencia en ese considerando; revisados que han sido los informes periciales y las contestaciones a los cuestionarios hechos por las partes, se concluye que la parte actora no ha demostrado que las facturas objetadas por la Administración le pertenecían a TENCO y no a las personas que se detallan y señalan en el antes referido Cuadro No. 9, razón por la cual se confirma la glosa señalada en el Acta. **8.2.4. (Punto 5.)** Se impugna la sentencia porque según el recurrente, se ha

desvanecido la glosa por reembolsos de gastos en el país que no están soportados adecuadamente; sin embargo, la sentencia lo que hace es desvanecer únicamente USD \$ 20.000,00 y confirma el resto de la glosa por USD \$ 575.323,56, para lo cual hizo una apreciación de la prueba y los documentos aduaneros a los que refiere, dentro de su más amplio criterio de equidad o judicial del cual está investido, y que por amplia jurisprudencia sentada por esta misma Sala, no es motivo de conocerse en casación, por lo cual no se admite el recurso en este punto. Sobre el valor confirmado, nada se dice, porque dicho monto no ha sido discutido por las partes. **8.2.5. (punto 6.)** Error de hecho y de derecho en la sentencia al aceptar como válidos costos y gastos que no son deducibles. De la lectura del Considerando Noveno, se llega a establecer que desvanece una parte de la glosa y la confirma en USD \$ 121.328,01, sin que se haya establecido con claridad y precisión, como era su obligación, la razón por el desvanecimiento de unos valores y la confirmación de los otros, mientras que la Administración Tributaria en su escrito de casación, hace hincapié que todos los comprobantes glosados, se debe a la falta de requisitos formales señalados en el Reglamento de Facturación, aplicable al ejercicio en discusión, al respecto de lo cual esta Sala ha sido uniforme al confirmar que no son formalidades que puedan eludirse, sino situaciones que se han establecido para dar fijeza y facilitar el cumplimiento de la norma, pues todo el sistema tributario se sustenta en el régimen de retenciones en la fuente, y la displicencia en tales exigencias echaría abajo la recaudación tributaria en el país, por lo que se casa la sentencia y se confirma la glosa. **8.2.6. (punto 7.)** Otro de los argumentos de la Administración para solicitar se case la sentencia, es el que hace referencia a que en ella se acepta como gastos y costos deducibles, pese a que sobre ellos no se realizó la respectiva retención; la apreciación que la Sala A quo ha hecho de la presente glosa se relaciona íntimamente con la apreciación de la prueba, ya que se asegura que se trata de pago de honorarios a profesionales por un monto menor a los USD \$ 400,00 y compras inferiores a USD \$ 200,00 o la no retención a contribuyentes especiales como Xerox, las cuales de conformidad a lo dispuesto en el art. 122 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno y el art. 40 del Reglamento de Comprobantes

de Venta y Retención, vigentes para el ejercicio económico 2002, no eran sujetas a retención; revisión y apreciación de prueba, sobre la cual, conforme a la extensa y concordante jurisprudencia sentada por esta misma Sala, está vedada el ser conocida en casación, por lo mismo se rechaza la casación en este punto. **8.2.7. (punto 8.)** Pide se case la sentencia por haber aceptado el reembolso de gastos contrariando las disposiciones legales, la razón y la lógica jurídica, pues la Empresa no presentó los documentos de respaldo que exige el art. 116 del Reglamento de Aplicación a la LRTI en concordancia con el art. 23 del mismo Reglamento, que exigía la retención en la fuente en la parte no exenta por la ley, sin embargo la sentencia desvanece la glosa porque la Administración no ha especificado el tipo de transacción si es de compras o prestación de servicios y cual es el porcentaje que debía retener, no se trata, del mismo caso resuelto en el considerando anterior, pues la apreciación que hace la Sala A quo se refiere simplemente a que no ha existido "claridad en la columna de observaciones del acta, y al no tener elementos suficientes de juicio, la glosa queda sin efecto" desvanecimiento que en este caso específico carece de motivación. De la revisión del acta, se determina que la explicación del SRI al momento de levantar el acta es clara y precisa y advierte que los registros de la Empresa incumplen lo señalado en el art. 11 del Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención, según además lo señala el informe pericial (fs. 2124), por lo que procede confirmar la glosa levantada en este concepto. **8.2.8. (punto 9.)** Considera que la Sala A quo ha desvanecido la glosa, levantada por el SRI en razón de que los costos y gastos no estaban respaldados en comprobantes legales y ni a nombre de TENCO; esta Sala Especializada de la Corte Nacional considera que si bien es verdad que la provisión de gastos por el período de garantía, de un año contados desde el inicio de operaciones del oleoducto (2004), para garantizar los costos por irregularidades que se presenten, es totalmente legítimo, y que tales provisiones fueron utilizadas y aceptadas en su gran mayoría (USD \$ 11'505.343,45) no se aceptó USD \$ 149.512,70, pese a que la verificación se hizo por muestreo, por las razones señaladas en el acta y que básicamente se refiere a que tales reembolsos o soportes no se encontraban a nombre de TECHINT, o por ser en concepto

de multas o mora tributaria, es decir que la glosa se basa en la falta de requisitos formales señalados en la LRTI y el Reglamento de Facturación, aplicable al ejercicio en discusión, vale en consecuencia reiterar lo dicho anteriormente en el sentido de que esta Sala ha sido uniforme al confirmar que no son formalidades que puedan eludirse, sino situaciones que se han establecido para dar fijeza y facilitar el cumplimiento de la norma, requisitos que no pueden ser soslayados por el contribuyente, porque resquebrajaría el sistema tributario ecuatoriano, y más en este caso en el que la propia perito designada por la actora, que en su informe manifiesta que, “no encuentra que los documentos de soporte cumplan la normativa de la Ley y Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención vigentes a la época...”. Por todo lo expuesto, se casa la sentencia en esta parte y se confirma el acta de determinación.

**8.2.9. (punto 10.)** El recurrente impugna la sentencia porque, considera que el tema de retenciones en la fuente es motivo de otro juicio de impugnación (N° 25-334) a cargo de la misma Sala, causal de casación esgrimida por la Administración en su punto 10, que se la rechaza de plano, por cuanto la Sala A quo en su fallo (considerando Décimo Cuarto) confirma la glosa en todas sus partes, por las razones de hecho y de derecho allí esgrimidas y rechaza la impugnación propuesta por la Actora. Es principio elemental que rige este recurso jurisdiccional extraordinario de casación, que quien puede proponerlo, es la parte que recibió agravio en la sentencia, no aquella a la que le benefició (art. 4 de la Ley de Casación) en consecuencia se rechaza la petición hecha por el Servicio de Rentas Internas. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario 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**, acepta parcialmente los recursos de casación, propuestos por el representante legal de TECHINT INTERNATIONAL CONSTRUCTION CORPORATION, TENCO, y por la Procuradora Judicial del Servicio de Rentas Internas, en la forma y consideraciones que constan en el numeral Sexto de esta sentencia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- f) Dres. José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango

Vela. (V.S). CONJUEZ. Certifico.- f) Dra. Carmen Elena Dávila. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

**VOTO SALVADO: DR. GUSTAVO DURANGO VELA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Quito, a 28 de Agosto de 2012.- Las 10h00. VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de la Resolución N° 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 de mayoría dictada el 23 de septiembre de 2010, la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, acepta parcialmente la demanda presentada por los señores Jorge Washington Cevallos Jácome y Jairo Humberto Dueñas Orejuela, Apoderados Generales y por tanto representantes legales de la compañía TECHINT INTERNATIONAL CONSTRUCTION CORPORATION TENCO, y rectifica la Resolución N° 117012007RRECO33934 de 26 de octubre del 2007, con lo que se modifica también el Acta de Determinación Tributaria N° 1720070100056, emitidas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, en concepto del impuesto a la renta y anticipos del año 2003.- Dentro del término concedido en el Art. 5 de la Ley de Casación, tanto los representantes de la Empresa actora TENCO, como los Procuradores Fiscales de la Autoridad Fiscal demandada, presentan sus respectivos escritos contentivos de los pertinentes recursos.- Aceptado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 22 de octubre de 2010, ha subido en conocimiento de esta Sala para que se confirme o revoque tales aceptaciones, las que se han ratificado en auto de 2 de diciembre del mismo año, en el que además se ha corrido traslado a las partes con los escritos para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación. Los señores Econ. Carlos Marx Carrasco y Marcelo León Jara, en sus calidades de Director General y Director Regional Norte del SRI a través de su Procurador Judicial, y los Apoderados Generales y por tanto representantes legales de la

compañía TENCO, dentro de tiempo, se ha pronunciado en defensa de sus respectivos intereses y ha señalado domicilios donde recibir 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, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y el Art. 185 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** Los representantes legales de la Empresa actora TENCO, en el escrito que contiene su recurso fs. (7091 a 7096) dicen que basan su recurso en la causal contemplada en el numeral primero del art. 3 de la Ley de Casación, puesto que, la sentencia no ha aplicado (falta de aplicación) la Disposición Transitoria Tercera del Decreto Ejecutivo N° 3055 de 08 de octubre de 2002; la Resolución N° 0941C del SRI de 02 de diciembre de 2002 y el Art. 273 del Código Tributario en concordancia del Art. 274 del Código de Procedimiento Civil; y el Art. 11 del Código Tributario en concordancia con el Art. 6 del Código Civil. Al fundamentar su recurso, explican que el Reglamento de Retención del Impuesto a la Renta (Decreto 3055) establece un nuevo sistema de retenciones en el país, y por tanto con buen criterio su Transitoria 3ra. dispone que entre en vigencia a partir del primer día del subsiguiente mes a su publicación (1° de diciembre de 2002), sin embargo el SRI no acepta las retenciones efectivamente hechas por la Empresa OCP durante los meses de noviembre y diciembre de 2002, argumentando que no existe "autorización del SRI" inserta en aquellos documentos. La sentencia acepta la existencia de los documentos y la entrega de la retención al Fisco y por ello desconoce el crédito fiscal en favor de TENCO, se aplica la mera formalidad no sustancial en contra de un hecho real causando un grave perjuicio, conforme se demostró oportunamente. Ello ha hecho que la Sala juzgadora no cumpla lo previsto en el Art. 273 del Código Tributario y el 274 del CPC. Continúan manifestando que, la falta de aplicación de la Resolución N° 0941-C emitida por la Dirección General del SRI de 2 de diciembre de 2002, cuyo Art. 14 prorroga hasta el 1 de enero de 2003 las disposiciones sobre comprobantes de retención, se acomoda a la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, pues su propósito era am-

pliar el plazo para la aceptación y aplicación de las nuevas normas de retenciones en la fuente y que fue abiertamente inaplicada por los auditores gubernamentales que intervinieron a TENCO, sin ninguna justificación. Que si bien esta Resolución no se mencionó en la demanda, era obligación de los jueces suplir tal omisión de derecho. Que por todo esto, solicitan se case la sentencia y se acepte el crédito fiscal en su favor, consecuencia de los comprobantes de retención no aceptados por la Administración, pide se señale caución para que se suspenda la ejecución del fallo, pero eso no llega a suceder. Por su parte, el Procurador Fiscal de la Administración Pública Tributaria, en el escrito que contiene su recurso (fs. 7098 a 7119 de los autos) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero, tercero, cuarto y quinto del Art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha infringido los Arts. 76, literal m) de la Constitución Política; Arts. 82, 258 y 273 del Código Tributario, 10 y 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno; Arts. 21, numeral 6, literal g., 6,16, 23, 27 y 116 de su Reglamento de Aplicación; Art. 274 del Código de Procedimiento Civil y todo el Reglamento de Comprobantes de Venta, en especial el Art. 11. Fundamenta su recurso manifestando que: 1) La sentencia de mayoría no está debidamente motivada, como era su obligación constitucional y legal y lo reconoce el propio voto salvado, que en los argumentos jurídicos de la sentencia no hay ninguno que desvirtúe las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos, lo que se traduce en falta de aplicación de normas de derecho; 2) Existe un ingreso por venta de activos fijos, que la sentencia no lo considera, inaplicando de esta manera el Art. 21, numeral 6, literal g) del Reglamento a la LRTI. La depreciación se realiza cuando la Empresa ha adquirido un bien pagando un precio, el costo incurrido en la compra del activo justifica la depreciación. En el caso la compañía deduce el gasto de la depreciación y vende al mismo precio, que sostener que la internación temporal con reexportación en el mismo estado no conlleva una venta al tratarse de una sucursal, si existe un contrato de préstamo, puede también haber una venta, arrendamiento o cualquier otro contrato, en conclusión existe una ganancia en la reexportación y una ganancia al utilizar la depreciación como gasto, criterio que se justifica con

la factura emitida por la empresa; 3) Se glosaron valores referentes a prestaciones laborales sobre los cuales no se aportaron al IESS, si el aporte fue posterior a la declaración del impuesto a la renta, no puede considerarse como gasto deducible. La sentencia sostiene que no había en el año discutido, norma legal alguna que obligue a afiliar a los Gerentes o representantes legales y que la glosa al ser globalizada, carece de motivación pues debió singularizar la nómina detallada de quienes recibieron el 15% de participación laboral en las utilidades de la empresa, que la sentencia contradice los precedentes jurisprudenciales obligatorios constantes en los casos 167-2006NY 63-2007, como se hace mención en el voto salvado; 4) Dice que, la esencia debe primar sobre la forma, pues la Sala se toma de un error de digitación para desvanecer totalmente la glosa, lo cual es contrario a lo señalado en la LRTI; 5) Las glosas por reembolsos de gastos debieron ser ratificadas, pues no estaban soportados en debida forma, poniendo en evidencia lo contradictorio entre el voto de mayoría y el salvado, inaplicando el Reglamento de Comprobantes de Venta y el Art. 258 del C.T.; 6), 7), 8) y 9) Los costos y gastos presentados por TENCO no son deducibles, puesto que en las facturas presentadas como soporte del gasto, no consta la autorización del SRI, no se realizó la respectiva retención, no cumplió los requisitos reglamentarios para el reembolso de gastos, no están a nombre del contribuyente y los intereses por mora, tampoco pueden ser deducibles; 10) La Sala no puede conocer aquello que se encuentra en trámite dentro de otra causa como ha sucedido en esta y se refiere a la glosa por retenciones en la fuente que se encuentra pendiente de resolución en el juicio N° 25334, sin embargo la actuación de la Administración se apegó a derecho y a precedentes jurisprudenciales, configurándose la causal 4ta. del Art. 3 de la Ley de Casación. Por lo expuesto pide se suspenda la ejecución de la sentencia y se eleve el expediente a la Corte Nacional la que aceptará el recurso planteado.

**TERCERO.-** En las contestaciones a los respectivos recursos presentados por las partes, la Administración Tributaria representada por sus personeros (fs. 3 y 4 del cuadernillo de casación), alega que el recurso planteado por la Empresa TENCO es improcedente, porque pretende que se declare la validez de las retenciones en la fuente que fueran rechazadas por la Sala ad-quem (SIC), por

no cumplir su obligación de imprimir el número de autorización y no ha demostrado la Cuenta retenciones a terceros y anticipo de impuestos, lo que conllevaría una nueva valoración de la prueba, lo cual no es permitido. Que el término “subsiguiente” utilizado en el Decreto Ejecutivo N° 3055 de 8 de octubre de 2001, implica su aplicación desde el 1 de noviembre y no de diciembre como pretende la Empresa. Igual de inoficioso es el argumento de falta de aplicación de la Resolución No. 0941-C, pues si bien se autoriza aplicar las Disposiciones sobre Agentes de Retención hasta el 1 de febrero de 2003, TENCO contaba con esa autorización, entonces su omisión fue una negligencia que no puede ser subsanada, lo que conlleva además una nueva valoración de prueba. Que el crédito fiscal reclamado por la empresa, es materia de otro juicio que no ha sido resuelto y son del ejercicio 2002. Por todo lo cual solicita sea rechazado el recurso propuesto por la Empresa actora.- En la contestación hecha al recurso por parte de la Empresa TENCO (fs. 5 a 17) se refiere a los antecedentes de la Litis y argumenta que el escrito del SRI no reúne los requisitos, pues no se especifica la causal en que se funda, no existe una concatenación ni coherencia que la ley exige y las señaladas como causales 1, 2 y 3 son incompatibles y hasta contradictorias, cita jurisprudencia. En relación a la causal esgrimida por el SRI como falta de motivación en la sentencia, para lo cual se respalda en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y de los Arts. 273 y 82 del Código Tributario, causa de nulidad detectada, según el SRI, incluso en el voto salvado, pero no explica, cuando ni como ello se produce; por el contrario, la sentencia explica en diez considerandos (del 5 al 15) una a una las glosas que confirma o deja sin efecto, con la aplicación de las normas jurídicas que consideran pertinentes.- Sobre la glosa de activos fijos, además de un lapsus calami existe una incoherencia cuando basa el pedido de casación en la falta de aplicación del Art. 21 del RLRTI, pero a continuación se sostiene la “errónea interpretación” de la misma norma, es decir con total falta de concatenación y además sin ninguna argumentación propia del SRI.- Que la verdad de los hechos y demostrados procesalmente es que en la devolución de bienes al exterior no existe una “venta”, ni se provoca un “ingreso” que deba tributar, pues se ingresaron equipos bajo el

régimen de internación temporal con reexportación en el mismo estado, que los bienes fueron activados y utilizado el gasto de depreciación, por lo que liquidó y pagó el IVA generado sobre la base de esta depreciación de equipos (USD \$ 7'738.431,04), que al finalizar los trabajos, los bienes fueron devueltos al exterior, pagando el proporcional de los derechos arancelarios causados, debiendo presentar "factura sólo para efectos aduaneros" para cumplir un requisitos operativo de la aduana, la que no fue contabilizada, pues no implica una compra venta entre TENCO principal y TENCO sucursal, conforme lo corroboraron los informes de los dos peritos designados, por tanto no existe un ingreso tributable como lo presume el SRI, además está mal formulado el pedido, pues se han utilizado 3 causales diferentes sobre la misma norma jurídica.- Sobre la glosa de pagos de sueldos y salarios, recurre porque la sentencia resuelve "fuera de la aplicación" del numeral 9 del Art. 10 de la LRTI, sin otra argumentación, que la transcripción del voto salvado, cuando en realidad los pagos hechos al personal no es materia gravada conforme a la normativa de la seguridad social, por tratarse de situaciones que no tienen el carácter de normal en la industria o servicio, más si ellos cumplieron la obligación de la retención del impuesto a la renta.- Sobre la glosa por ser gastos que no pertenecen a TENCO, critica el argumento del SRI al pretender se aplique la esencia sobre la forma, pero en la glosa sobre activos fijos, se niega a hacerlo, demostrando posiciones contradictorias.- Sobre la glosa por re-embolsos de gastos, manifiesta que el escrito de casación del SRI no tiene fundamento, pero que presume que son USD \$ 20.000,00 determinados por no haberse expresado a cuáles documentos de importación se refiere, que no hay justificativo del gasto.- Sobre las demás glosas referidas en su extenso escrito, los representantes de la Empresa actora, manifiestan que ninguno tiene sustento y que el SRI se ha limitado a transcribir la sentencia y sobre todo, el voto salvado, pero sin una objeción válida al criterio de la sentencia de mayoría.- Sobre las provisiones del año 2003, y que fueron gastados en el 2004, que en el 2003 se incluyen el 2001 y 2002, porque se trata de un contrato en la modalidad de obra terminada, si no estuvo conforme, debió levantar actas por ese año.- La glosa por retenciones en la fuente es ratificada por la sentencia, en

consecuencia al serle favorable a la Administración no procede la casación de quien no recibe agravio y, en relación a que se pretende que se resuelva un tema que está impugnado en otro juicio, manifiesta que se trata de dos cuestiones totalmente diferentes y por tanto perfectamente válida la posibilidad de hacerlo a través de dos juicios. Por todo esto pide se rechace el recurso presentado por el SRI. **CUARTO.-** La sentencia de mayoría, acepta parcialmente la demanda y desvanece las glosas, conforme lo especifica en los Considerandos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 y 13 y confirma las señaladas en los considerandos 4, 11, 14 y 15 referidas al impuesto a la renta y retenciones en la fuente por el ejercicio 2003, por lo que rectifica la Resolución N° 117012007RRECO33934 de 26 de octubre de 2007, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. **QUINTO.-** El primer punto que debe considerarse, es el relativo a la falta de motivación de la sentencia, porque de ser cierta tal aseveración hecha por la Administración Tributaria recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el Art. 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida expresamente como causal para solicitar la casación (N° 5to. del Art. 3 de la Ley de Casación). Luego de la revisión del fallo dictado por la Sala A quo, esta Sala Especializada encuentra que la fundamentación de hecho y de derecho para declarar parcialmente sin efecto la resolución impugnada consta desde el considerando Tercero al Décimo Quinto; de ello, se intuye sin ningún esfuerzo que, la Sala juzgadora analiza los elementos controvertidos, al tenor de lo señalado en las normas de la Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con las del Código Tributario, que fueron argumento de la empresa accionante en su libelo de demanda, se hace una amplia apreciación de la prueba aportada por las partes, dentro del más amplio criterio de equidad o justicia; consideraciones que, hacen concluir, que con excepción de una, en realidad el argumento de falta de motivación hecha, obedece a que las mismas no concuerdan con las pretensiones de la recurrente, pero no por ello se puede alegar que no existe tal motivación en la sentencia, en consecuencia no es admisible tal impugnación. **SEXTO.-** En el orden que han sido formuladas, se van a ir resolviendo las impugnaciones a la sentencia por la Empresa actora: 6.1.

Basa su recurso en la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, porque según ella no se aplicó la Disposición Transitoria Tercera del Decreto Ejecutivo No. 3055 que reglamenta la emisión de los “comprobantes de retención” que disponía que, se lo aplique a partir del “primer día del subsiguiente mes de su publicación en el Registro Oficial”, entonces, si fue publicado el 8 de octubre de 2002, debió regir desde el 1 de diciembre de 2002, sin embargo, dice que la sentencia, aceptando la existencia de los comprobantes no los admite porque el número de autorización del SRI no se encuentra inserta en los documentos. La Administración sostiene que lo subsiguiente es lo que sigue inmediatamente, en consecuencia debe aplicarse la normativa desde el 1 de noviembre y no del 1 de diciembre. No hay discusión sobre la falta de autorización de impresión en los comprobantes, pues en ello concuerdan las partes y los peritos, lo que se discute es, si este requisito se debía exigir desde el 1 de noviembre o el 1 de diciembre, pues la duda nace de la palabra “subsiguiente” constante en la 3ra. Transitoria del Decreto 3055. Para colegir el alcance, se recurre al Art. 11 del Código Tributario que dispone que, las leyes tributarias, sus reglamentos y circulares entraran en vigencia, en aquellos tributos cuya liquidación se haga por períodos mensuales o menores, a partir del primer día “siguiente” del mes; por lo mismo si el Decreto utilizó la palabra “subsiguiente”, se refiere al que continua, para el caso, debió aplicarse desde el 1 de diciembre de 2002 y no del 1 de noviembre de ese año. En cuanto a los comprobantes de retención del mes de diciembre de 2002, también glosados, la sentencia considera luego del análisis de la prueba aportada, que no se han adjuntado copias certificadas de las cuentas 1343 y 1345, que servirían de elementos de juicio para convalidar los valores retenidos y demostrar las aseveraciones de la actora, apreciación que por ser dentro del más amplio criterio de equidad o judicial conforme lo permite y señala el Art. 270 del Código Tributario, no es materia de pronunciamiento en casación. En consecuencia, queda aceptada la impugnación por el mes de noviembre, pero se deja en firme la que corresponde al mes de diciembre de 2002, y en este sentido se casa parcialmente la sentencia. 6.2. El recurso de casación planteado por el Servicio de Rentas Internas se funda, entre otras, en las siguientes causales: 6.2.1. (punto 2

de su escrito) Errónea interpretación del Art. 21 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, pues la compañía sólo puede deducir como gasto la depreciación de activos fijos que sean de su propiedad y si bien aparece como internación temporal, presume que existe un contrato de compra venta, pues la sustancia debe prevalecer sobre la forma; y si se reexportó al mismo valor, se glosa la diferencia. La Empresa por su parte, sostiene que el bien es un activo propio ingresado al país en el régimen de internación temporal para ser reexportado en el mismo estado. En primer término debe considerarse que el régimen suspensivo de pago de impuestos aduaneros, no ha sido discutido por las partes, ni dejado sin efecto por el Órgano Aduanero competente, sin embargo para que ello proceda, ha de cumplirse lo señalado en el Art. 58 de la Ley Orgánica de Aduanas, que a la letra dice: *“Importación temporal con reexportación en el mismo Estado es el régimen suspensivo del pago de impuestos, que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, para ser utilizadas con un fin determinado durante cierto plazo y reexportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal por el uso”* (subrayado fuera de texto). Ciertamente que el Art. 21, numeral 6. Literal g) de la Ley de Régimen Tributario Interno, para permitir considerar como gasto esa depreciación le impone dos condiciones: 1) Que el activo sea propiedad del contribuyente y por tanto no sean arrendados; y, 2) el pago del impuesto al valor agregado sobre ese valor depreciado. Consta en los autos y no ha sido motivo de controversia, que TENCO depreció durante los tres años de permanencia en el país la máquina importada, y si es importada es evidente que fue recibida desde el exterior, sin que la Administración haya, probado, como era su obligación que, haya existido entre TENCO ECUADOR y TENCO BAHAMAS un contrato de arrendamiento, venta, concesión o alguno otro que haga evidente la transferencia de tales bienes, que sería la única manera de desvirtuar el régimen suspensivo de pago de tributos por internación temporal, que por otra parte, es un régimen necesario para el país, para la ejecución de grandes obras de infraestructura, donde los costos por adquisición de maquinaria sofisticada y de gran envergadura, haría encarecer las obras más de lo que por sí, representan en la economía del Estado. En otras palabras, si se acepta que

hubo “internación temporal para reexportar en el mismo estado” no cabe la existencia de una “venta” y menos que se haya obtenido ingresos por ese motivo. Si bien, la existencia de una factura, podría hacer dudar de la autenticidad del préstamo que sostiene y argumenta la Empresa actora, ésta no reúne ninguno de los requisitos formales señalados en el Reglamento de Comprobantes de Venta, y en consecuencia no puede admitírsele como tal y menos utilizarse como documento válido para sustentar una deducción al tenor del Art. 10 de la LRTI, pues tales requisitos reglamentarios, al decir de esta propia Sala en varios y concordantes fallos uniformes, no son simples formalidades sino requisitos sustanciales de las que depende su validez, mal entonces cabe que, para unos fines se deba aceptarlos y para otros, de acuerdo a la conveniencia, rechazarlos. Por todo eso, se considera que la Sala A quo, no ha infringido el Art. 21 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, al haber resuelto desvanecer la glosa que por “venta de activos” ha determinado el SRI y se rechaza la casación propuesta.- 6.2.2. (punto 3.) En relación a la aplicación indebida del N° 9 del Art. 10 de la LRTI, por cuanto rubros que corresponden a prestaciones laborales se ha deducido la Empresa, pese a que no han aportado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, convirtiéndose en gastos no deducibles conforme a la norma señalada; el tema que ha sido motivo de casación, es sin duda el que hace referencia a la apreciación de la Sala juzgadora por el que los Apoderados, Gerentes y representantes de las empresas no tienen derecho a participar en la distribución de utilidades, tampoco la Ley del Seguro Social les obliga a afiliarse, más si sobre esos rubros se pagó el impuesto a la renta, que por el valor glosado por el pago a trabajadores y empleados, no existe prueba alguna que determine cuáles fueron los que percibieron dicho beneficio, igual defecto con el cargo que se hace por el pago al personal extranjero. Esta Sala Especializada en varios fallos de mayoría, ha sostenido que el Art. 11 de la Ley de Seguridad Social regula la materia gravada y sus exclusiones para efectos del cálculo de aportaciones al seguro obligatorio, en los que se especifica los ítems sobre los que se debe aportar, pero no ha reparado, porque no ha sido cuestionado, en la potestad o competencia para determinar tal materia gravada. Ciertamente que la no aportación al seguro social de-

viene en que aquello que debiendo ser aportado y no fue objeto de aportación, no sea deducible de la base imponible del Impuesto a la Renta, debiendo este efecto ser consecuencia de una determinación previa, tal que siendo lo pagado al trabajador parte de la materia gravada de aportación por ese pago no se hubiera aportado. Esa determinación previa le compete al ente acreedor y administrador de la aportación, tal el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como lo define expresamente la Ley de Seguridad Social en su artículo 12, que a la letra manda: “Art. 12.- *Determinación de la materia gravada.- Para la determinación de la materia gravada, el IESS se registrará por los siguientes principios: a. Principio de Congruencia.- Todos los componentes del ingreso percibido por el afiliado que formen parte del cálculo y entrega de las prestaciones del Seguro General Obligatorio constituyen materia gravada para efectos del cálculo y recaudación de las aportaciones y contribuciones. b. Principio del Hecho Generador.- La realización de cualquier actividad remunerada por parte de los sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, según el artículo 2 de esta Ley, es el hecho generador de las aportaciones y contribuciones a cada uno de los seguros sociales administrados por el IESS. c. Principio de la Determinación Objetiva.- El IESS como ente regulador de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio deberá determinar objetivamente la materia gravada de los afiliados en relación de dependencia, y sólo se hará excepción de aquellos componentes del ingreso laboral, en dinero o en especie, que excedan los límites máximos de imposición establecidos en esta Ley.*” (los destacados son de la Sala). En la especie el sujeto pasivo no ha considerado parte de la materia gravada para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio al rubro pagado a sus Gerentes y representantes legales, entonces, si el IESS no ha efectuado una “determinación” sobre esos rubros, se daría el sui generis caso de que para el SRI debió aportarse y para el IESS, institución acreedora de esos valores, no lo sea, situación que no puede darse; por otra parte, al haber la sentencia de mayoría considerado que en las glosas del pago de utilidades a los trabajadores y empleados, en la que equivocadamente se ha incluido a los Gerentes, no se ha hecho una especificación de las personas que

recibieron dichos pagos, lo que siendo apreciación de prueba no es motivo de casación, además de que, no consta de autos la determinación de que tales emolumentos sean parte de la materia gravada, hecha en debida y legal forma por el ente regulador, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ente público que también debe determinar si se trata de pago de utilidades al representante legal (gerente o presidente de la empresa), de acuerdo a la Resolución que por tal motivo, emitió el Ministro de Relaciones Laborales, conforme al Art. 308 del Código del Trabajo. Por tales motivos no se admite la casación por aplicación indebida del N° 9 del Art. 10 de la LRTI; 6.2.3. (punto 4.). El SRI pide se case la sentencia, porque según dice, no puede estar la "forma sobre la esencia" y se ha desvanecido la glosa por gastos que no pertenecen a TENCO por existir un error de USD \$ 2.000,00 dólares entre el valor determinado y la Nota puesta al pie del Cuadro No. 9 del Acta de Determinación; ciertamente esta Sala considera que un lapsus calami como el error en un dígito, no puede ni debe ser motivo para desvanecer una glosa, pues evidentemente carece de una motivación razonada y lógica, por lo que se casa la sentencia en ese considerando; convertidos en Tribunal de instancia y revisados que han sido los informes periciales y las contestaciones a los cuestionarios hechos por las partes, se concluye que la parte actora no ha demostrado que las facturas objetadas por la Administración le pertenecían a TENCO y no a las personas que se detallan y señalan en el antes referido Cuadro N° 9, razón por la cual se confirma la glosa señalada en el Acta. 6.2.4. (punto 5.) Se impugna la sentencia porque según el recurrente, se ha desvanecido la glosa por re-embolsos de gastos en el país que no están soportados adecuadamente; sin embargo la sentencia lo que hace es desvanecer únicamente USD \$ 20.000,00 y confirma el resto de la glosa por USD \$ 575.323,56, para lo cual hizo una apreciación de la prueba y los documentos aduanares a los que refiere, dentro de su más amplio criterio de equidad o judicial del cual está investido, y que por amplia jurisprudencia sentada por esta misma Sala, no es motivo de conocerse en casación, por lo cual no se admite el recurso en este punto. Sobre el valor confirmado, nada se dice, porque dicho monto no ha sido discutido por las partes. 6.2.5. (punto 6.) Error de hecho y de derecho en las sentencia al aceptar como válidos

costos y gastos que no son deducibles. De la lectura del Considerando Noveno, se llega a establecer que desvanece una parte de la glosa y la confirma en USD \$ 121.328,01, sin que se haya establecido con claridad y precisión, como era su obligación, la razón por el desvanecimiento de unos valores y la confirmación de los otros, mientras que la Administración Tributaria en su escrito de casación, hace hincapié que todos los comprobantes glosados, se debe a la falta de requisitos formales señalados en el Reglamento de Facturación, aplicable al ejercicio en discusión, al respecto de lo cual esta Sala ha sido uniforme al confirmar que, no son formalidades que puedan eludirse, sino situaciones que se han establecido para dar fijeza y facilitar el cumplimiento de la norma, pues todo el sistema tributario se sustenta en el régimen de retenciones en la fuente, y la displicencia en tales exigencias echaría abajo la recaudación tributaria en el país. Por todo lo que se casa la sentencia y se confirma la glosa. 6.2.6. (punto 7.). Otro de los argumentos de la Administración para solicitar se case la sentencia, es el que hace referencia a que, la sentencia acepta como gastos y costos deducibles, pese a que sobre ellos no se realizó la respectiva retención; la apreciación que la Sala A quo ha hecho de la presente glosa se relaciona íntimamente con la apreciación de la prueba, ya que se asegura que se trata de pago de honorarios a profesionales por un monto menor a los USD \$ 400,00 y compras inferiores a USD \$ 200,00 o la no retención a contribuyentes especiales como Xerox, las cuales de conformidad a lo dispuesto en el Art. 122 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 40 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, vigentes para el ejercicio económico 2002, no eran sujetas a retención; revisión y apreciación de prueba, sobre la cual, conforme a la extensa y concordante jurisprudencia sentada por esta misma Sala, está vedada el ser conocida en casación, por lo mismo se rechaza la casación en este punto. 6.2.7. (punto 8.). Pide se case la sentencia por haber aceptado el re-embolso de gastos contrariando las disposiciones legales, la razón y la lógica jurídica, pues la Empresa no presentó los documentos de respaldo que exige el Art. 116 del Reglamento de Aplicación a la LRTI en concordancia con el Art. 23 del mismo Reglamento y que exigía la retención en la fuente en la parte no exenta por la ley, sin embargo

la sentencia desvanece la glosa porque la Administración no ha especificado el tipo de transacción, si es de compras o prestación de servicios y cuál es el porcentaje que debía retener, no se trata, del mismo caso resuelto en el considerando anterior, pues la apreciación que hace la Sala A quo se refiere simplemente a que no ha existido “claridad en la columna de observaciones del acta, y al no tener elementos suficientes de juicio, la glosa queda sin efecto”, desvanecimiento que en este caso específico carece de motivación. De la revisión del acta, se determina que la explicación del SRI al momento de levantar el acta, es clara y precisa y advierte que los registros de la Empresa incumplen lo señalado en el Art. 11 del Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención, según además lo señala el informe pericial (fs. 2124), por lo que procede confirmar la glosa levantada en este concepto. 6.2.8. (punto 9.). Considera que la Sala A quo a desvanecido una glosa, levantada por el SRI en razón de que los costos y gastos no estaban respaldados en comprobantes legales y ni a nombre de TENCO; esta Sala Especializada de la Corte Nacional considera que si bien es verdad que la provisión de gastos por el período de garantía, de un año contados desde el inicio de operaciones del oleoducto (2004), para garantizar los costos por irregularidades que se presenten, es totalmente legítimo, y que tales provisiones fueron utilizadas y aceptadas en su gran mayoría (USD \$ 11'505.343,45) no se aceptó USD \$ 149.512,70, pese a que la verificación se hizo por muestreo, por las razones señaladas en el acta y que básicamente se refiere a que tales reembolsos o soportes no se encontraban a nombre de TECHINT, o por ser en concepto de multas o mora tributaria, es decir que la glosa se basa en la falta de requisitos formales señalados en la LRTI y el Reglamento de Facturación aplicable al ejercicio en discusión, vale en consecuencia, reiterar lo dicho anteriormente en el sentido de que, esta Sala ha sido uniforme al confirmar que, no son formalidades que puedan eludirse, sino situaciones que se han establecido para dar fijeza y facilitar el cumplimiento de la norma, requisitos que no pueden ser soslayados por el contribuyente, porque resquebrajaría el

sistema tributario ecuatoriano, y más en este caso, en el que la propia perito designada por la actora, que en su informe manifiesta que, “no encuentra que los documentos de soporte cumplan la normativa de la Ley y Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención vigentes a la época...”. Por todo lo expuesto, se casa la sentencia en esta parte y se confirma el acta de determinación.- 6.2.9. (punto 10.) El recurrente impugna la sentencia porque, considera que el tema de retenciones en la fuente es motivo de otro juicio de impugnación (No. 25.334) a cargo de la misma Sala, causal de casación esgrimida por la Administración en su punto 10. que se la rechaza de plano por cuanto la Sala A-quo en su fallo (Considerando Décimo Cuarto) confirma la glosa en todas sus partes, por las razones de hecho y de derecho allí esgrimidas y por ende rechaza la impugnación propuesta por la Actora. Es principio elemental que rige este recurso jurisdiccional extraordinario de casación, que quien puede proponerlo, es la parte que recibió agravio en la sentencia, no aquella a la que le benefició (Art. 4 de la Ley de Casación), en consecuencia, se rechaza la petición hecha por el Servicio de Rentas Internas. Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario 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**, acepta parcialmente los recursos de casación, propuestos por el representante legal de TECHINT INTERNATIONAL CONSTRUCTION CORPORATION TENCO, y por el Procurador Judicial del Servicio de Rentas Internas, en la forma y consideraciones que constan en el numeral Sexto de esta sentencia.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.- f) Dres. José Suíng Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES y Gustavo Durango Vela. CONJUEZ. Certifico.- f) Dr. Carmen Elena Dávila Yépez. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.

### 3.6. SALA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

#### 3.6.1. Juicio Nº 112-2012

**Asunto:** Divorcio

**Jueza Ponente:** Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

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

Quito, a 21 de agosto de 2012, las 08h20.

**VISTOS:** Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos el proceso en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. **ANTECEDENTES.-** Sube el proceso en virtud del recurso de casación que interpone la actora Jenny Patricia Suástegui Villavicencio contra la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de septiembre de 2009, las 10h36, misma que confirma el fallo dictado por el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, el 24 de marzo de 2009, las 15h51, que desecha la demanda de divorcio propuesta por la ahora recurrente contra Luis Eduardo Cadena Albuja. Inconforme con lo resuelto, la actora interpone recurso de casación que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 27 de mayo de 2010, las 10h30. Para resolver, se considera: **1. COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación. **2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La casacionista alega como infringidas en la sentencia recurrida las normas contenidas en los artículos 110 causal 3 del Código Civil, 114, 115, 121, 122 y 131 del Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea

interpretación. **3. 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 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. **4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** La recurrente acusa errónea interpretación de los artículos 114, 115, 121, 122 y 131 del Código de Procedimiento Civil, "...y con ello se ha inaplicado el art. 110 causal 3 a., del Código Civil, rechazándose la demanda." (sic). Arguye que "*Para comprobar el fundamento de la demanda la accionante solicitó la prueba de confesión judicial del demandado, el que no concurrió por lo que se le declaro confeso (sic), quedando a criterio del Juez dar a esta confesión tácita el valor de prueba según las circunstancias que hayan rodeado el acto.*"; y, que "*La confesión ficta sí es prueba plena y siendo prueba debió ser valorada conforme los Arts. 113*

y 114 del Código de procedimiento civil, para aceptar la demanda de divorcio que propuse por la causal 3ª, del Art. 110 del Código Civil.” (sic). Al efecto, este Tribunal observa que: 1. El Tribunal de instancia en el considerando Tercero del fallo impugnado dice: “Siendo obligación de la accionante probar los asertos de la demanda, en el término de prueba abierto para el efecto, al mismo no aporta justificativo alguno que demuestre lo afirmado, circunstancia por la cual no es posible realizar pronunciamiento de ninguna clase.”; 2. La recurrente, al proponer su demanda lo hace con fundamento en la causal tercera del Art. 110 del Código Civil, esto es por injurias graves o actitud hostil; precisando que su cónyuge “...en forma permanente y reiterada desde el día 28 de Diciembre del 2006, hasta la presente fecha, ha demostrado actitud hostil en mi contra, esto es, un comportamiento contrario o antagónico, representado por hechos enemistoso que lesionan mi susceptibilidad, convirtiéndose en mi enemigo gratuito y pese a mis reiterados deseos de mantener una vida matrimonial normal, y mi permanente lucha porque el matrimonio no se destruya, he recibido como respuesta actitud hostil, lamentablemente todo esfuerzo realizado por la compareciente resultó ser inútil, lo que demuestra un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.” (sic); 3. El demandado no comparece a juicio, por tanto se trabó la litis con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 4. La actora, con el propósito de dar cumplimiento a la obligación establecida en el inciso primero del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio; y que ha negado el reo.”, solicita, dentro del término de prueba, señalar día y hora oportunos dentro de los cuales comparezca el demandado a rendir confesión judicial, de conformidad con el pliego de preguntas que acompañó en sobre cerrado (fs. 20 del cuaderno de primera instancia). Ante la falta de comparecencia del demandado a rendir su confesión judicial, pidió se vuelva a señalar nuevo día y hora para la práctica de la diligencia solicitada (fs. 22 ibídem); y, ante la falta de comparecencia del demandado, presentó petición de que se le declare confeso al tenor de las preguntas formuladas (fs. 23 ibídem), requerimiento que fue atendido por la Jueza de

primer nivel en providencia de 23 de enero del 2009 (fs. 23 vta. ibídem), en la que además ordena agregar al proceso el pliego de preguntas, a cuyo tenor se declaró confeso al demandado; 5. El inciso primero del Art. 131 del Código de Procedimiento Civil establece que: “Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el artículo 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, la juez o el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de las juezas y jueces de segunda instancia, dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto.”. La doctrina ha cuestionado con vehemencia el valor probatorio de la confesión ficta, preguntándose si ésta puede ser considerada prueba absoluta. Para esclarecer el tema, es necesario partir del concepto mismo de confesión. Martín Miguel Conveset, en su ensayo “La confesión ficta es una prueba de carácter absoluto?”, citando a LEGUISAMON, Héctor Eduardo (“Lecciones de Derecho Procesal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 455 y ss.) y a PALACIO, Lino Enrique (Manual de Derecho Procesal Civil I, séptima ed. act., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 532), dice de ella: “...que es un medio de prueba judicial y provocado, consistente en la declaración que realiza una de las partes, mediante la cual reconoce la verdad de hechos personales o de conocimiento personal de aquél y pasados, que le son desfavorables y que benefician a la parte contraria.”. Menciona además que “...la confesión debe versar sobre hechos y no sobre el derecho; y, que dichos hechos deben ser controvertidos entre las partes, verosímiles y no excluidos por la ley.”. La confesión puede ser expresa, cuando se concreta en la declaración que realiza un individuo, que tiene la calidad de parte procesal, sobre el interrogatorio que para el efecto presenta su contrario; y, tácita, la “...que simula la actividad propia de la confesión expresa. Por eso al momento de dictar sentencia el juez se halla facultado para tener por configurada la confesión tácita de cualquiera de las partes que citada con el debido apercibimiento dejare de comparecer a la audiencia fijada al efecto sin causa justificada, o habiendo concurrido se negase a contestar o lo hiciere de manera evasiva o manifestando no recordar el

hecho y las circunstancias del caso hicieren inverosímil la respuesta.” (FALCON, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 272). A la confesión tácita, se la conoce también como confesión ficta, que en definitiva, es “...la que deriva del apercebimiento que la ley impone al renuente frente al incumplimiento de una carga procesal...” (FERREYRA DE LA RUA, Angelina y NINI DE ZAPIOLA, María Victoria, “Distinta Eficacia de la Confesión”, artículo publicado en “El Mundo rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso”, p. 90). La confesión ficta, consecuentemente, se configura de dos maneras: La primera, cuando citada una de las partes, ha pedido de la otra, dejare de concurrir sin justa causa; y, la segunda, cuando compareciendo la parte citada, se rehúsare a contestar o lo hiciere de manera evasiva, equívoca u obscura, negándose a explicarse con claridad. Inicialmente, los tratadistas del derecho han considerado que, a la luz de la norma que la contempla, ambos supuestos dejan a criterio del juez su valoración probatoria. “Durante algún tiempo en una posición conservadora se aprecia a la renuencia sólo como un indicio contrario al demandado. Es decir, se sostiene que la confesión ficta genera una presunción de tener por admitidos los hechos, pero es necesario contar con los elementos de juicio que avalen tal presunción, pues de esta forma no puede tener prioridad sobre lo negado expresa o tácitamente al contestar la demanda. Es menester en consecuencia contar con los elementos probatorios independientes; (...). Se señala que la ley no dice que la falta de contestación o las respuestas evasivas deban necesariamente ser tomadas como confesión, sino que «pueden ser apreciadas» en ese carácter; que esta forma verbal empleada por el legislador tiene por objeto dejar en libertad de valorar las respuestas del accionado de acuerdo con las circunstancias del caso, y a la prueba aportada al juicio por cada una de las partes. «Que si bien es cierto que la confesión ficta no es un elemento probatorio suficiente, ello no significa negar al tribunal la facultad de evaluar otros elementos de convicción que le autoricen a concluir que la negativa de aquél a absolver posiciones obedece a un propósito manifiestamente obstruccionista en el proceso»; (...) complementariamente se señala que el juez debe analizar la «verosimilitud de la pretensión» esgrimida por el actor en su deman-

da potenciándola en su valor por la ausencia.” (Ob. Cit. P. 91). Sin embargo, existen otras posiciones, que contrarias a la expuesta, señalan que la falta de comparecencia o la renuencia a rendir la confesión solicitada y ordenada por el juez dentro de un proceso ha de tenerse como prueba plena en su contra, sin que se requiera la existencia de otros medios probatorios; así, se ha dicho que “Desde otra posición se destaca que debe darse prevalencia a la sanción legal y no requerir otros elementos corroborantes; esta aseveración encuentra fundamento en el principio de buena fe y lealtad procesal en sus nuevas formulaciones; que la carga procesal de declarar que involucra al demandado debe ser juzgada conjuntamente con los fines públicos del proceso judicial y que el trámite judicial significa aportes solidarios para la buena marcha del mismo.- A la luz de estos nuevos conceptos se distinguen dos hipótesis: a) cuando el demandado contesta la demanda y niega los hechos afirmados por el actor luego y no concurre a la audiencia de absolución de posiciones. b) Cuando el demandado no contesta la demanda pero niega los hechos en oportunidad de la absolución de posiciones” (ibídem). La división de criterios en la doctrina, ha suscitado que la jurisprudencia de los países que prevén normas como la contenida por nuestra Ley Adjetiva Civil, en el citado Art. 131 también presente posturas antagónicas. Sin embargo son relevantes las que le dan el carácter de medio de prueba, así en el referido artículo “Distinta Eficacia de la Confesión”, se refiere un precedente importante del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Sala Civil y Comercial), que afirma “...que ante la ausencia de negativa categórica y particular del demandado -haya o no contestado la demanda-, los hechos afirmados por el actor deben presumirse ciertos, salvo que se presente inverosímiles o materialmente imposibles, según elementales reglas de experiencia asequibles para cualquier hombre común.”, mientras que, “Otra decisión trascendente en este sentido es la que señala que la absolución de posiciones, como medio probatorio debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se hará prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material.” (Ob. cit. P. 91 y 92). De lo dicho, se infiere que la confesión ficta no es prueba plena “*probatio probatissima*”, puesto

que corresponde al juzgador valorarla en relación **con el resto de la prueba actuada dentro del proceso** “...no es absoluta puesto que hay que hacerla valer en “armonía” con el resto de la prueba que se haya producido en la contienda judicial para, así, el magistrado valore las posiciones del pliego. (...) El juez tendrá que estimarlas conducentes para tenerlas por confesas las posiciones en conjunto con las demás pruebas que se produzcan en la etapa probatoria. Por lo tanto, si hubiere alguna prueba que refute en sobremanera o solamente que convenza al magistrado de su valor, éste podría tenerlo por no confeso de las posiciones que estimare pertinentes.” (Martín Miguel Conveset, en su ensayo “La confesión ficta es una prueba de carácter absoluto?”). Es por ello que, en palabras del ya citado autor Martín Miguel Conveset, se puede concluir que: “Si bien es cierto que la confesión ficta no vincula al juez, no es menos cierto que la jurisprudencia y la doctrina, de manera pacífica, le otorgan una fuerte presunción de verdad que debe ser destruida por prueba en contrario; La incomparecencia injustificada, la negativa a responder o las respuestas notoriamente evasivas, hace que exista confesión ficta. Deben versar las posiciones sobre hechos personales del absolvente y no han de existir en el expediente pruebas que la contradigan, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa; En el mismo orden de ideas lo explica Juan Manuel Conveset de la siguiente manera: ‘...la negativa a responder, o las respuestas evasivas, pueden, concorde con las circunstancias, producir los efectos de la confesión tácita, o configurar una presunción en contra del declarante...’ Es decir, que las posiciones absueltas en rebeldía son susceptibles de producir plena prueba, aunque no existan medios probatorios corroborantes, si sus conclusiones no resultan desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los autos”. (Ob. cit.). Consecuentemente, ateniéndose al tenor de la norma prevista en el Art. 131 del Código de Procedimiento Civil, así como también a la doctrina y a la jurisprudencia, en la especie, el Tribunal de instancia, estaba obligado a valorar la confesión ficta del demandado considerando para ello además de los otros medios de prueba actuados dentro del proceso las circunstancias en que se desarrolló la causa, en la que si bien el demandado fue citado en persona con la demanda de divorcio presentada en su contra (fs. 9 del cua-

dermo de primera instancia) no compareció a juicio, habiéndose trabado la litis con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no actuó prueba alguna que desvirtúe las afirmaciones de la demandada y fue declarado confeso al tenor del interrogatorio presentado por la accionante, en el que entre otras cosas se le pregunta: “¿Diga el confesante cómo es verdad que Usted, en forma permanente y reiterada desde el día 28 de Diciembre del 2006, hasta la presente fecha ha demostrado actitud hostil en contra de la preguntante JENNY PATRICIA SUASTEGUI VILLAVICENCIO, esto es, un comportamiento contrario o antagónico, representado por hechos enemistosos que lesionan mi susceptibilidad, convirtiéndose en mi enemigo gratuito?”. **5. DECISIÓN:** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, integrado para resolver este caso, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de septiembre del 2009, las 10h36 y acepta la demanda, declarando disuelto el vínculo matrimonial que une a Jenny Patricia Suástegui Villavicencio con Luis Estuardo Cadena Albuja. Ejecutoriada esta resolución, en la etapa de ejecución confiérase copia certificada de la misma para que se subinscriba el divorcio en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en el Acta de Matrimonio N° 464, página 30, Tomo 4, del Año 1990, para lo que se deprecará a uno de los señores Jueces de lo Civil de Portoviejo, a fin de que notifique al señor Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Portoviejo para que lo margine. En cuanto a la situación de la hija menor de edad María Angélica Cadena Suástegui, continuará bajo el cuidado y protección de su madre. Justificada la capacidad económica del padre, con el certificado de fs. 44 del cuaderno de primera instancia, se fija la pensión alimenticia de ochocientos cincuenta y seis dólares con setenta y seis centavos de los Estados Unidos de América (856,76) más los beneficios de ley, que se hará efectiva a partir de la ejecutoria de esta sentencia y será pagada por mesadas adelantadas y

depositadas en el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha hasta el día 5 de cada mes. A efectos de fortalecer los lazos familiares entre padre e hija, el padre podrá visitar a su hija María Angélica Cadena Suástegui en régimen abierto, previo acuerdo con la madre y la hija. En lo que respecta a la hija María Patricia Cadena Suástegui, al haber cumplido a esta fecha su mayoría de edad ha adquirido la capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí misma, si es que le asisten.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal N° 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase. F) Dra. María del Carmen

Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. f) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E). CERTIFICO: Que las cinco (5) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio N° 112-2012 SDP (Recurso de Casación) que sigue JENNY SUASTEGUI VILLAVICENCIO contra LUIS CADENA ALBUJA. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.- Quito, 21 de agosto de 2012. Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.6.2. Juicio N° 104-2012

**Asunto:** Prestación de Alimentos

**Jueza Ponente:** Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

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

Quito, 21 de agosto de 2012, las 08h15. **VISITOS: 1. COMPETENCIA:** 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 N° 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, a su vez 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, de acuerdo con 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. Procede este recurso de acuerdo con el Art. 281 del Código de la Niñez y Adolescencia, contra las resoluciones de segunda instancia que se ajusten a la previsión del Art. 2 de la Ley de la materia, esto es cuando sean finales y hayan quedado en estado firme como sucede en la especie, pues el auto impugnado al negarle derecho a la menor a percibir alimentos de su tío paterno, produce efectos definitivos entre las partes. **2. ANTECEDENTES:** Conoce la Sala este proceso, en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone LIGIA JACQUELINE DELGADO MERCHÁN, por los dere-

chos que representa de su hija menor de edad ANEL CAMILA MONAR DELGADO, del auto pronunciado por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, el 28 de septiembre de 2010, las 11h32, revocatorio de aquel dictado por el Señor Juez A quo, que aceptó la demanda dentro del juicio de prestación de alimentos que sigue en contra de EDINSON PATRICIO MONAR SILVA, tío paterno de su hija. Admitido a trámite el recurso de casación, para resolver se considera. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La recurrente manifiesta que las normas de derecho que se han infringido están contenidas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículos 2, 8, 11 elevado a categoría constitucional en el artículo 44 de la Constitución de la República, 12, 16 y a partir del artículo 125 los artículos innumerados 2, numeral 1 del 4, y 2do. Inciso del artículo 5. La causal en la que funda el recurso es la 1era. del artículo 3 de la Ley de Casación, relativa a la falta de aplicación de estas normas "...que condujeron a la Sala a la errónea interpretación expuesta en el auto recurrido que es determinante especialmente en su parte dispositiva...". **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La doctrina procesal concibe a la casación como un medio de impugnación extraordinario y supremo, cuyo propósito esencial, es atacar una sentencia o resolución

definitiva dictada en proceso de conocimiento, para evitar que como consecuencia de la validez y eficacia de la misma, sobrevenga un daño o lesión irreparable a los intereses jurídicos del o la recurrente. La inconformidad de las partes con la sentencia a diferencia de la instancia, no es el fundamento de este recurso. Carácter formalista y restrictivo que viene dado en cuanto a los condicionamientos que la ley exige para su procedencia; su objetivo principal es impugnar exclusivamente la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de que pueda adolecer, esto es por violación directa de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por interpretación errada de la misma. Por lo que, quien recurre esta obligado a señalar con exactitud y precisión, cuales son las infracciones cometidas con individualización de los vicios o yerros en los que ha incurrido el tribunal de instancia, pues en aplicación del principio dispositivo, el recurrente es quien fija los límites de desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional del tribunal de casación, en la labor de control de legalidad del fallo a él asignada, proceso que se verifica mediante el cotejamiento riguroso y técnico que el juez hace entre el fallo impugnado y el ordenamiento jurídico vigente, fundamentalmente la constitucionalidad o conformidad del sistema normativo, en virtud del principio de supremacía constitucional, previsto en el Art. 11 numeral 3. y siguientes, en relación con los Artículos 424 y 425 de la Constitución de la República. **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1.** La supremacía constitucional determina el orden jerárquico de aplicación de las normas, por lo que habiéndose acusado en el recurso la violación de normas constitucionales, por la trascendencia y efectos que puede causar en la sentencia, debemos analizarlas en primer lugar. En la especie, la recurrente al fundamentar el cargo por la causal primera, por **falta de aplicación** de normas de derecho en la sentencia que han sido determinantes en su parte dispositiva, invoca el Art. 44 de la Constitución, manifestando que el auto recurrido niega en forma definitiva el derecho de su hija de 3 años de edad ANEL CAMILA MONAR DELGADO a percibir alimentos de su tío paterno, por el fallecimiento de su padre, basándose específicamente en el orden legal enunciado, sin aplicar el *"principio del interés superior del niño"* *"...previsto en el artículo 11 del Código de la Niñez y*

*Adolescencia elevado al rango de garantía constitucional en el artículo 44 de la Constitución de la República..."*. No se considera que los derechos de la niña prevalecen sobre los derechos del demandado; no se aplica directamente este principio como impone el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin restricción ni sometimiento a la norma secundaria del segundo inciso del artículo 5to. innumerado, incluido luego del Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia. Lo que ha conducido a la Sala, a realizar una **errónea interpretación** de estas normas por las razones indicadas, pues el orden legal previsto en la disposición invocada, no guarda conformidad con la norma suprema, ni prevalece sobre este principio, orden que no es taxativo sino de alterabilidad, todo lo cual vulnera los derechos conaturales a la relación parento-filial previstos en los artículos 2, 8, 12, 16 y artículo innumerado incluido después del Art. 125 del mismo Código, impidiéndole a la menor el ejercicio pleno de este derecho; de esta manera se configura la proposición jurídica completa, por la conexión íntima de las normas con este principio, pues de no haber sido infringidas, se habría confirmado la resolución de primer nivel. **5.2.** La causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, imputa vicios *"in iudicando"*, y puede darse por 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. La esencia de esta causal apunta a demostrar jurídicamente la vulneración propiamente dicha, esto es violación directa de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia, que se produce según la doctrina y jurisprudencia aceptada, en el proceso de subsumir o reducir los hechos a los tipos jurídicos positivos, dicho de otra manera el desacierto en el que incurre el juez o jueza al momento de determinar en la sentencia, cuáles son las normas de derecho sustantivo que resultan aplicables. El vicio de juzgamiento o *"in iudicando"* contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, cometiendo así un error en la equivocada relación del

precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no tiene. Es decir que la falta de aplicación se manifiesta si la juzgadora o juzgador, yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido, y ello influye en la decisión de la causa, que de haberlo hecho, habría determinado un resultado distinto, tiene lugar este vicio cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente esto es, en aquella que contiene la hipótesis jurídica concordante con los hechos materia de la pretensión, lo que implica error en cuanto a la existencia de la norma.

**6. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER.** Vulneración del principio del interés superior de la niña, al negarle en forma definitiva la fijación de la pensión alimenticia demandada al tío paterno, ante el fallecimiento de su padre. **7. SOBRE EL DERECHO A ALIMENTOS, CONCEPTO Y CARACTERES FUNDAMENTALES.** **7.1.** Se denomina derecho de alimentos, al derecho que reconoce la Ley a la persona en estado de *necesidad* de reclamar a sus parientes de grado más próximo, aquellos auxilios necesarios para su sustento, indispensables para vivir con dignidad. Este derecho es personalísimo, porque está ligado a las relaciones de parentesco de las que surgen una serie de obligaciones correlativas entre los parientes que están llamados a proporcionar esta ayuda y asistencia económica, denominada pensión de alimentos. El fundamento lo encontramos en la protección a un derecho constitucional esencial que tiene toda persona, como es el derecho a una vida digna (Art. 66 numeral 2), en el caso la obligación de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el desarrollo integral, con la satisfacción entre otras necesidades acordes a su edad las de: salud, alimentación y nutrición, vivienda, educación, recreación, y vestido, pues su protección no se agota con las prohibiciones penales por atentados contra la vida o la integridad física, ni con la proscripción de la pena de muerte, lo que se trata precautelar es una vida íntegra, plena física y moralmente, en aras de la protección social, económica y jurídica de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines. **7.2. EN CUANTO A LA EXTINCIÓN DE ESTE DERECHO.** El derecho de alimentos

dada su naturaleza peculiar no se extingue nunca, pero el derecho a la pensión de alimentos por parte de quien está obligado a prestarlo si, cuando opera la caducidad o prescripción. Se extingue cuando cesa la causa que lo motivó, es decir la necesidad de alimentos. No siendo esta la única causa, también se extingue por muerte ya sea del alimentista o del alimentante u obligado a prestarlos, ello por lógica consecuencia, pues tanto el derecho como la obligación son de carácter personalísimo y en todo caso muerto el alimentista se debe de suponer que se acaba la necesidad. En el caso de fallecimiento de uno de los obligados principales o subsidiarios, la obligación se extingue respecto de él, pero subsiste respecto de aquellos que sobreviven en el orden legal de prelación. Caduca o se extingue también este derecho, cuando los recursos económicos de los que dispone el obligado a darlos se hubieren reducido considerablemente, hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades fundamentales y las de su familia; o cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, ha adquirido bienes o mejorado su fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; a parte de otras causas que en cada legislación se haya considerado pertinente regular. Como se puede observar, dependiendo del interés que se quiere proteger, a través de la normativa pertinente, de lo que se trata es regular el derecho de alimentos de manera que cumpla su propósito, cual es garantizar el desarrollo integral de este grupo humano de atención prioritaria, con la satisfacción de las necesidades fundamentales en el orden material e inmaterial, siempre y cuando no cuenten con suficientes recursos propios o provenientes de sus padres y de tal suerte evitar que este derecho se transforme en una carga impositiva destinada a satisfacer necesidades suntuarias o de otro orden, en desmedro o afectación de otros derechos. **7.3.** En nuestra legislación, mediante Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del R.O. N° 643 de 28 de julio de 2009, se introdujo una normativa especial que regula todo lo atinente al derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes, adultos y adultas, considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En el Art. Innumerado 2, se consigna que este derecho *“...es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el*

derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios...". En el Art...5 al tratar sobre los obligados a la prestación alimentaria, como titulares principales están los padres, solo "...En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobada por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o mas de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados en su orden: 1. Los abuelos/as; 2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años...; y, 3. Los tíos/as. La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumida en su totalidad, según el caso...". Consagrándose en el inciso cuarto de este precepto, el derecho de repetición de lo pagado en contra del padre o la madre, que en las circunstancias anotadas no hubieren cumplido con la obligación impuesta. La caducidad de este derecho está regulada en el Art. 32 en el que se determinan las causas de su extinción entre otras: "1. Por la muerte del titular del derecho. 2. Por la muerte de todos los obligados al pago;...". Este derecho y obligación correlativa desarrollado a través de estos preceptos, obedece al mandato constitucional contenido en el Art. 69 numeral 1., que trata sobre la responsabilidad materna y paterna que obliga a los padres como titulares principales de esta obligación, a prestar el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de los hijos e hijas comunes.

**7.4.** Por lo que hemos visto, en el Derecho de Familia lo que se ampara y protege es la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir con dignidad, dada su incapacidad o imposibilidad de procurárselo solo. Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo, por ejemplo los padres respecto de los hijos o a la inversa, los cónyuges, y otros familiares directos que en circunstancias excepcionales están llamados en forma subsidiaria a cumplir con esta obligación, con derecho a

repetir lo dado o pagado por este concepto en contra del o los obligados principales. Derecho que se realiza a través de la fijación o regulación de la pensión de alimentos, para lo que se requiere cumplir tres requisitos copulativos: 1) título legal; 2) necesidad del alimentario; y, 3) solvencia del alimentante. Respecto del título para demandar alimentos, si bien en una persona pueden concurrir una pluralidad de títulos, solo puede utilizar uno de ellos en el orden que la ley establezca, en contra de quien se encuentre en una posición preferente en relación con los demás obligados, es decir que entre varios parientes, se debe demandar primero a los padres, luego a los abuelos, los hermanos y los tíos según las circunstancias de cada caso. Respecto del segundo requisito, necesidad del alimentario, se debe considerar que procede la demanda de alimentos sólo cuando los medios de subsistencia con los que cuenta, propios o de sus padres, son total o parcialmente insuficientes, es decir no le alcanzan para vivir modestamente, de un modo correspondiente a su dignidad de ser humano. Y en relación a la solvencia del alimentante para determinar el monto de los alimentos, se deberá tener en cuenta sus facultades y más circunstancias domésticas al momento de establecer esta regulación. Solo en el caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales que son los padres, debidamente justificada, la autoridad competente podrá exigir que la prestación de alimentos sea pagada o completada en forma subsidiaria por uno o más de los obligados de grado más próximo, en el orden de prelación establecido por la ley, de acuerdo a la capacidad económica con la que cuenten, siempre que no sean discapacitados, es decir esta regulación no puede afectar su derecho de subsistencia y la de su familia; así como la subsidiaridad no puede ser comprendida como cambio o remplazo de un obligado por otro, a voluntad y discreción del titular de este derecho, si no está fundada en la necesidad real del alimentario.

**8. ANÁLISIS DE LOS CARGOS PRESENTADOS A LA SENTENCIA.** En el contexto legal y doctrinario descrito, corresponde analizar los cargos presentados por la recurrente a la resolución dictada, al hacerlo debemos confrontarla con la normativa que se cita como infringida, a efecto de constatar el o los vicios que se acusan, para lo que debemos considerar: **8.1.** La recurrente fundamenta su recurso en la causal primera

del Art. 3 de la Ley de Casación, alegando **falta de aplicación** del Art. 44 de la Constitución de la República, y Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues según manifiesta, al negarle en forma definitiva a su hija menor de edad el derecho a percibir alimentos de su tío paterno por el fallecimiento de su padre, fundamentado en el orden legal previsto en el inciso segundo del Art. Innumerado 5, no se ha aplicado directamente el “*principio del interés superior*” de la niña que prevalece sobre el derecho del demandado, lo que ha llevado a la Sala a realizar una errónea interpretación de estas normas, que vulneran los derechos establecidos en los artículos 1, 8, 12, 16 *ibidem*, pues si no se hubieren infringido estas normas, se habría confirmado la resolución de primer nivel.

**8.2. SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS PREVALECIENTES:** Si bien es verdad que por el carácter superior de los derechos que atañen a las niñas, niños y adolescentes, considerados por el Art. 35 de la Constitución de la República como grupos de atención prioritaria, la interpretación que se haga sobre sus derechos no puede apartarse del principio del “INTERES SUPERIOR” consagrado en el Art. 44 *ibidem*, y conforme lo preceptuado sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas. Principio generalmente aceptado por el Derecho Internacional, consignado en múltiples tratados y convenios internacionales que con este fin se han celebrado, ratificados por nuestro país entre los que podemos citar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños considerados como sujetos activos, el deber de protección especial y prioritario que por su condición tienen derecho a recibir del Estado, la Sociedad, y la Familia. En cuanto a la aplicación práctica de este principio de interpretación de los derechos, en la línea de la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado: “...ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se pueden formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo

se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la Sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (Sentencia T. 408 de 1995). Es decir que los asuntos de los menores edad que involucren derechos prevalecientes de acuerdo a este principio de interpretación, deben ser abordados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, en el marco de la legislación vigente, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientadores que pueden servir para el análisis de los casos individuales sobre derechos de las personas que integran este grupo social, en la especie el de alimentos que se reclama al tío paterno al fallecimiento del padre, prescindiendo de los abuelos/as, y hermanos/as, derecho que en este caso le ha sido negado.

**8.3.** Corresponde entonces establecer, si el Tribunal ad-quem al momento de resolver, conforme viene alegando la recurrente, no aplicó el principio del interés superior del que trata el Art. 44 de la Constitución que dice: “*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...*”. Principio que se encuentra desarrollado en el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, situación que, según se manifiesta, le ha llevado a la Sala a realizar una errónea interpretación de las demás normas invocadas y que en su mayor parte contienen enunciados generales. En el contexto de este análisis, confrontada la sentencia con los cargos formulados, no se observan los vicios o yerros anotados, pues interpretando el derecho de la niña Anel Camila Monar Delgado a la luz de este principio, el Tribunal de instancia en su resolución ciñéndose a la normativa vigente de la que no puede abstraerse si no se opone a su derecho, Art. innumerado 5.- del Código de la Niñez y Adolescencia, lo que ha manifestado es que esta norma establece dos tipos o clases de obligados a la prestación de alimentos, los titulares principales que son los padres, y los subsidiarios que son los parientes en el orden previsto, circunstancia que según se indica no ha sido observada en este proceso, lo que efectivamente es así, pues como consta del escrito de fs. 22 como alcance a la de-

manda, se ha procedido a demandar directamente al tío paterno argumentando que las abuelas paterna y materna por su edad, no están en capacidad económica para prestarle alimentos, sin hacer mención a los demás obligados, es decir no se ha respetado el orden legal previsto que si bien no es imperativo, exige al menos la fundamentación necesaria que justifique la razón de proceder de manera contraria. Por otra parte el Tribunal de apelación también analiza, que el caso de la accionante no se adecua a la previsión del segundo inciso de este artículo, si como indica, “...no existe ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de la madre de la menor reclamante para que pueda beneficiarse de la subsidiaridad del tío...”. Pues la madre como obligada principal, cuenta con recursos económicos propios provenientes de su trabajo profesional como doctora en medicina, así como con bienes inmuebles y derechos hereditarios que mantiene en común con su hija luego del fallecimiento del padre, ingresos y bienes que los jueces de instancia han estimado suficientes para satisfacer las necesidades de la niña, por lo que el caso no se enmarca dentro de la previsión legal contemplada en esta norma, para que la Sala precautelando el interés superior de la menor, justificado el estado real de necesidad en la que se encuentra, haya estado en el caso de regular la proporción en la que el tío paterno debe proveer la pensión de alimentos. Consiguientemente los cargos presentados a la resolución dictada, al no haberse perpetrado las infracciones anotadas no

pueden ser aceptados, correspondiendo desestimarlos. **DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar ninguna otra consideración, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia integrado para resolver este caso, “**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 Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil. Sin costas ni multa. Con el ejecutorial devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal N° 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese. F) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E). CERTIFICO: Que las siete (7) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio N° 104-2012 SDP (Recurso de Hecho) que sigue LIGIA DELGADO MERCHÁN contra EDINSON MONAR SILVA. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.- Quito, 21 de agosto de 2012. Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.6.3. Juicio N° 63-2012 Wg

**Asunto:** Divorcio

**Juez Ponente:** Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

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

**Quito, 20 de agosto de 2012; las 09h00.- VISITOS.-** (Juicio N° 63-2012 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.-** En el juicio verbal sumario de divorcio seguido por Manuel Salvador Ávila Correa contra María Guadalupe Vásquez Matute,

la demandada, interpone oportunamente recurso de casación, contra la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que confirma el fallo dictado por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil del Azuay, que declara con lugar la demanda. Admitido a trámite el recurso de casación por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia en auto de 28 de julio de 2010; las 15h18, 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 con Resolución N° 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. 128 inciso segundo y 190 del Código Civil; Arts. 4, numeral 3 y 128 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia; y, Art. 129 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial. Fundamenta su recurso en la causal cuarta de la Ley de la materia. **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.- UNICO CARGO:** La recurrente denuncia que la sentencia impugnada resuelve aspectos que no fueron materia del litigio, para fundamentar dicha denuncia manifiesta lo siguiente: *“El recurso de casación se fundamenta en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es se resuelve en la sentencia aspectos que no fueron materia del litigio, como es el caso que en el estado de indivisión de los bienes se ha dispuesto que se respete los derechos que cada uno de los cónyuges tiene, pues que la sociedad conyugal se disuelve con la ins-*

*cripción de la Sentencia de Divorcio, aspecto no ha sido requerido por el actor en la demanda respectiva... ..La sentencia venida en grado declara disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges... ..disponiendo además luego de ejecutoriada la misma la subincripción (sic) respectiva en el libro de registro de matrimonios del Registro Civil del Cantón Cuenca, Provincia del Azuay. Dispone además que como dentro del proceso no hay acuerdo entre las partes con respecto al bien inmueble que existe y los muebles que menciona la demandada, por no haber hijos menores de edad quienes se puedan ver afectados sus derechos a alimentos resuelve que los bienes muebles queden con la demandada y en cuanto al bien inmueble se respetará la parte proporcional conyugal, esto es el 100%, la mitad de los derechos y demás gananciales al actor y la otra parte a la demandada. Sentencia que no observa lo dispuesto en el Art. 190 del Código Civil por existir hijo minusválido...”* Esta causal se conoce en la doctrina como causal de incongruencia. *“Cuando el juez, al fallar, infringe el principio de la congruencia de la sentencia, ora por exceso de poder ya por defecto en el ejercicio del que se le atribuye, lesiona el interés jurídico de los litigantes, para cuya reparación se han consagrado los recursos. .../... Es, pues, la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante o disonante, como también se lo llama. .../... la incongruencia del fallo puede revestir tres formas, cualquiera de las tres estructura la causal de casación que se comenta, pues que todas ellas implican la transgresión del susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) ultra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido; cuando se falla con exceso de poder, y por eso a la sentencia se la califica entonces de excesiva; b) extra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas; y, c) minima petita, también llamada citra petita, en la cual incurre el juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir, cuando se falla con defecto de poder, y*

por eso a la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto.” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá-Colombia 2005, pp. 506 y 507). Teniendo en cuenta estos lineamientos, procede este Tribunal a establecer si en realidad en el presente caso, el Juez Ad-quem incurrió en el yerro de actividad que imputa la recurrente. Para el efecto señalado cotejará la sentencia y lo pretendido por las partes sobre la materia objeto de la controversia. Examinado el petitum de la demanda (fojas 14 del cuaderno de primera instancia), en relación con los bienes muebles e inmuebles habidos dentro de la sociedad conyugal el actor formuló lo siguiente: *“Dentro del matrimonio hemos adquirido un bien inmueble, y bienes muebles”*. La demandada no concurrió a la audiencia de conciliación, (fs. 22 del primer cuaderno), en tal virtud dicha incomparecencia se asimila a la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Una vez examinada la sentencia del Tribunal, se nota que éste sin detenerse a analizar el fondo de la controversia, confirmó en su integridad la decisión de primera instancia (fojas 50 a 51vta. del primer cuaderno), lo cual significa que hizo suya la resolución adoptada por el a-quo, del siguiente tenor: *“...se declara con lugar la demanda y disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges MANUEL SALVADOR ÁVILA CORREA con MARÍA GUADALUPE VASQUEZ MATUTE por Divorcio Causal Art. 110 Numeral 3ro. del Código Civil, se dispone la marginación de la misma que consta inscrita en los libros respectivos del Registro Civil del Azuay el tomo 1 página 100 Acta 399 correspondiente al año 1965. Luego de Ejecutoriada esta sentencia se dispone la subinscripción respectiva en el libro de Registro de Matrimonios del Registro Civil del Cantón Cuenca, provincia del Azuay.- En cuanto dentro del proceso no hay acuerdo entre las partes con respecto al bien inmueble que existe como se muestra en el certificado de Predio Rustico que adjunta al proceso el actor y los muebles que menciona la demandada en su denuncia que se los ha querido quitar el actor, por no haber hijos menores de edad quienes se puedan ver afectados sus derechos a alimentos se resuelve.- que los bienes muebles queden con la demandada; y, en cuanto al bien inmueble se respetará la parte proporcional conyugal esto es del 100% la mitad*

*de los derechos y demás gananciales al actor y la otra parte a la demandada.- En común acuerdo y por los medios legales correspondientes fijaran una ayuda voluntaria al hijo no vidente, que por ser mayor de edad no corresponde a este juzgador resolver sobre su situación.-”* Confrontadas las piezas procesales, se establece que, pese a que la demanda versa sobre petición de divorcio, el Tribunal de instancia al aceptarla, y sin haber sido materia de la pretensión resolvió también que los bienes muebles queden con la demandada y con respecto al único bien inmueble habido en la sociedad conyugal se respeten los derechos y gananciales que les corresponde a los cónyuges. Así las cosas, es claro que el Tribunal incurrió, en el error de actividad que se le acusa, esto es el de incongruencia por el vicio de extra petita, pues resolvió en este aspecto algo distinto de lo pedido por las partes, sin facultad para el efecto, infringiendo así las normas contenidas en los artículos: 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, que de manera categórica disponen: *“Art. 273.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.”*, *“Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.”*; Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en su primer inciso dispone: *“La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.”* (lo resaltado es del Tribunal), así mismo, el Art. 23 ibídem, que en su parte pertinente prescribe: *“La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, .../... Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instru-*

*mentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.*” Por lo dicho resulta suficiente para que prospere dicho cargo. En tal virtud, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Azuay y en uso de la atribución que le confiere el Art. 16 de la Ley de Casación, expide el fallo que en derecho corresponde hacerlo. Al respecto, se considera: **PRIMERO.-** No aparece omisión de solemnidades sustanciales, que influyan en la tramitación de la causa, por lo que se declara la validez de todo lo actuado. **SEGUNDO.-** Manuel Ávila Correa, presentó demanda de divorcio, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho constantes en su libelo (fojas 14 del primer cuaderno), concluye con la petición de que se declare disuelto el vínculo matrimonial que le une con su cónyuge María Guadalupe Vásquez Matute. **TERCERO.-** Mediante auto de fecha 26 de enero de 2009; las 08h25, se admitió a trámite la demanda, una vez citada la demanda, se fijó día y hora, con el fin de que se lleve a cabo la diligencia de audiencia de conciliación, a la cual no concurrió la demandada (fojas 22 del cuaderno de primera instancia), por consiguiente la no comparecencia de la demandada a dicha diligencia se aprecia como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho. **CUARTO.- DE LAS PRUEBAS INTRODUCIDAS AL PROCESO.-** De la prueba obrante en las actuaciones queda constancia: De la celebración del matrimonio civil inter partes (fojas 13 del primer cuaderno), del que nacieron diez hijos, todos mayores de edad, (documentos obrantes de fojas 3 a 12 del cuaderno de primera instancia); de la existencia de un bien inmueble como se muestra en el certificado de predio rústico que adjunta el actor, (fojas 1 y 2 del primer cuaderno); copia debidamente notarizada del carnet de discapacitado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades, misma que acredita que uno de los hijos habidos dentro del matrimonio, que responde a los nombres de Carlos Rolando Avila Vásquez, tiene un 86% de porcentaje de discapacidad (fojas 37 del cuaderno de primera instancia). **QUINTO.- ANÁLISIS DE LAS ANTES MENCIONADAS PRUEBAS.-** En base a la prueba obrante que evidencia la existencia de un hijo discapacitado, (fojas 37 del primer cuaderno), ha-

bido en común dentro del matrimonio, que responde a los nombres de Carlos Rolando Ávila Vásquez y de las declaraciones testimoniales presentadas por la actora se desprende que dicho hijo cohabita con la madre. Como de autos se establece la existencia de un bien que pertenece a la sociedad conyugal y por existir un hijo discapacitado corresponde a este Tribunal, resolver sobre este asunto, al efecto, la Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo Tercero, sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en el Art. 35 señala que *“...personas con discapacidad, .../... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.”*, en este sentido, el Art. 47 numeral 6 puntualiza entre los derechos que se reconocen a las personas con discapacidad el de una vivienda adecuada. La Convención Sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad en el Art. 28 sobre el nivel de vida y protección social a las personas con discapacidad, establece: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.”*, el Art. 190 del Código Civil, que dispone: *“En el caso de que exista un solo bien social destinado a vivienda, el cónyuge al cual se le confiere el cuidado de los hijos menores o minusválidos, tendrá derecho real de uso y habitación, mientras dure la incapacidad de los hijos, debiendo inscribirse la providencia o sentencia que los constituye en el registro de la propiedad respectivo.”*. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** En tal virtud, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia integrado para resolver este caso, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del Azuay y confirma la sentencia del juez de primera instancia, en cuanto declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre Manuel Salvador Ávila Correa y María Guadalupe Vásquez Matute, para el efecto se procederá conforme lo ordena el Art.

128 del Código Civil. En relación al cuidado y protección de Carlos Rolando Ávila Vásquez, este Tribunal resuelve que quede bajo el cuidado y protección de su progenitora, así mismo, en aplicación a lo establecido en el Art. 190 del Código Civil, se declara el derecho de uso y habitación del único bien inmueble habido durante el matrimonio en favor de MARÍA GUADALUPE VÁSQUEZ MATUTE. Se deja a salvo el derecho de alimentos en favor de Carlos Rolando Ávila Vásquez. Actúe la doctora Wilma Guaipatín Garzón, como Secretaria Relatora encargada en virtud del oficio N° 374-2012-SEFNA-CNJ de 08 de agosto de 2012, suscrito por la Dra. Rocío Salgado Car-

pio, Presidenta de esta Sala.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.- F) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL y Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL y doctora Wilma Guaipatín Garzón, Secretaria Relatora encargada que certifica.- **RAZÓN:** Certifico que las cuatro (4) copias que anteceden son iguales a sus originales correspondientes al juicio N° 63-2012Wg que sigue Manuel Avila contra María Vásquez.- Quito, 20 de agosto de 2012.- Dra. Wilma Guaipatín Garzón. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

### 3.6.4. Juicio N° 188-2012Wg

**Asunto:** Divorcio

**Juez Ponente:** Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

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

Quito, a 31 de Agosto de 2012, las 08h47.- **VISTOS: (Juicio N° 188-2012Wg)** Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos el proceso en nuestra calidad de Jueces y Conjueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. **ANTECEDENTES.-** Sube el proceso en virtud del recurso de casación que interpone la parte demandada de la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 16 de agosto del 2011, las 16h00, que confirma la dictada en primera instancia por el Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, el 28 de junio del 2010, las 14h55, que acepta la demanda de divorcio propuesta por Santiago Rodolfo García Perezbolde contra Dolly Janeth Verduga Vélez. Admitido que fue el recurso de casación por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el 16 de enero de 2012, las 13h10, para resolver el mismo, se considera: **1. COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación. **2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La casacionista alega como infringidas

en la sentencia recurrida las normas de derecho contenidas en los artículos 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, 110 causal 11, inciso segundo del Código Civil, 103, 113, 15, 207, 208 y 216, numerales 5 y 7 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. **3. 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 la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, busca 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. **4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** PRIMER CAR-  
GO: Habiendo la recurrente señalado la infracción

de normas constitucionales, con fundamento en la causal quinta del Art. 3 de la Ley de la materia, corresponde iniciar el estudio por aquellas. La recurrente afirma que *“...no puede decirse que la sentencia impugnada se encuentra motivada, cuando en el Fallo se señala que con los testimonios de los señores GALO LUCIANO CELI FEIJOO, FERNANDO WLADIMIR JIMÉNEZ BORJA Y HERNÁN POLIBIO RODRÍGUEZ TORRES, el actor ha justificado los fundamentos de hecho expuestos en la demanda, esto es, el estar separado de su cónyuge por más de tres años consecutivos, aceptándose como fundamento una causal inexistente en el Código Civil, además de éstos testigos se encuentran inmersos en los Arts. 207 y 216 numerales 5 y 7 del Código de Procedimiento Civil.”* (sic). Al respecto, cabe mencionar que la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación que contempla los casos *“Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles.”*, y que es conocida por la doctrina como *“CASACIÓN EN LA FORMA”*, se refiere a los vicios que afectan a la sentencia, en cuanto tiene que ver con su estructura propiamente dicha y con la coherencia o relación lógica de su contenido. Sobre la estructura, esto es por carecer de los requisitos exigidos por la ley, cabe mencionar que *“Los requisitos que atañen a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las pretensiones; c) motivación de la sentencia, que configura el tema más amplio y trascendental de estas reflexiones, d) parte resolutive; e) fecha y firma”* (DE LA RUA, Fernando, *“Teoría General del Proceso”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 144); de aquellos, la motivación constituye el elemento más relevante del fallo, pues en ella deben condensarse los razonamientos tanto de hecho como de derecho en los que el juez respalda su decisión. En tanto que, sobre la coherencia o relación lógica de su contenido, esto es por adoptar en su parte dispositiva decisiones contradictoria o incompatibles, debemos remitirnos a lo dicho por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en el fallo N° 558-99: *“...Para analizar la causal quinta, ante todo es necesario dilucidar si la contradicción de la que puede adolecer una decisión judicial se da solamente en la parte dispositiva de la sentencia o también en su parte considerativa. Puede sostenerse, en base a*

*una interpretación puramente literal del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutive del fallo. Es verdad que la letra del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación así parece disponer, pero la Sala estima que la correcta interpretación de la norma es otra, más amplia, que incluye no solamente a lo expresado en la parte resolutive sino también en su fundamentación objetiva, al tenor de lo que dispone el artículo 301 [297] inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. es decir, se debe realizar un análisis integral del fallo, y establecer si hay o no la debida armonía en él, relacionando unas partes con otras en búsqueda de su cabal sentido. En la Ley de Casación se habla de una «parte dispositiva», pero el Código de Procedimiento Civil no contiene ninguna norma que señale imperativamente la estructura del fallo ni especifique las diversas partes del mismo, aunque sí hay varias que especifican los requisitos de forma (artículos 20 [276], 281 [277], 291 [287], a más del artículo 179 de la Ley Orgánica del afunción Judicial); de otra parte, en el Código de Procedimiento Civil se habla tanto de decisión como de resolución (ver artículos 273 [269], 274 [270], 276 [272], 277 [273], 278 [274], 280 [276], e inclusive se utilizan los dos términos simultáneamente (por ejemplo, el artículo 278 [274]. La Sala reitera lo que expresó en su fallo N° 292 de 13 de marzo de 1999, dictado dentro del proceso de casación N° 662-95, publicado en el Registro Oficial N° 255 de 16 de agosto de 1999, en el sentido de que la correcta interpretación de la causal quinta impone analizar la resolución con su motivación, y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda, ya que «La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, del latín motus, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que dese dentro le incita a una acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma (...).»* (ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pp. 146 y 147). En la especie el argumento de la casacionista para

fundar su recurso en la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, se sustenta en la denuncia de falta de motivación de la sentencia, al efecto este Tribunal de Casación observa que la sentencia impugnada cumple con todos y cada uno de los requisitos mencionados y analizados en líneas precedentes, puesto que incluye una exposición coherente y armónica de los aspectos que llevaron al Juez de segundo nivel a confirmar la decisión de primera instancia. Sin embargo de lo dicho, se advierte que la casacionista al plantear su recurso sustenta el cargo de falta de motivación con aspectos que tienen que ver con la valoración de la prueba, lo que por el carácter formalista y restrictivo del recurso de casación, cuya interposición, exige una alta técnica jurídica, debía denunciar con sustento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de la materia, que prevé los casos de *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.”*, pretendiendo con ello que este Tribunal valore nuevamente las pruebas a las que hace alusión, lo que por su naturaleza y competencia le está vedado, por todo lo cual se desecha el cargo. **SEGUNDO CARGO:** La accionante, con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusa errónea interpretación de los Arts. 103, 113, 115, 207, 208, 216 numerales 5 y 7 y 269 del Código de Procedimiento Civil, afirmando que *“La prueba testimonial carece de valor probatorio, por lo que, procedía el rechazo de la demandada, pero al haber hecho una interpretación errónea de los Arts. 113, 115, 208, 216 numerales 5 y 7 del Código de Procedimiento Civil, ha permitido aceptar una acción improcedente. (...) En síntesis, se acepta el divorcio por la causal 11ª, inciso 2º, del Art. 110 del código Civil, sin haberse probado el abandono voluntario e injustificado del demandante, y la demanda se presentó por separación por más de tres años, causal inexistente, es decir, que aceptando los testimonio de las personas mencionadas en líneas anteriores, se declara disuelto el vínculo matrimonial, por una causal inexistente en el Art. 110 del Código Civil, separación de más de tres años”* (sic). La causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, que como queda dicho en líneas precedentes, se refiere a *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los*

*preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.”*, permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, siempre que ello conlleve a una equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado. Para ello, la casacionista al fundamentar su recurso debió demostrar el error de derecho en que incurrió el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema, llamado de casación puro, no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba como causal de casación; y, establecer la *“proposición jurídica completa”* que configura dicha causal, señalando de manera exacta: a) La norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) La norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, no ha sido aplicada o lo ha sido equivocadamente, esto último como requisito copulativo o concurrente. En el caso que nos ocupa, la casacionista omite precisar si la trasgresión de la norma de derecho sustantivo que resulta vulnerada como consecuencia de la errónea interpretación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, lo ha sido por falta de aplicación o por equivocada aplicación, lo que no permite que prospere la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por lo que se la desecha. **TERCER CARGO:** La recurrente apoyada en la causal primera del Art. 3 de la Ley de la materia, denuncia errónea interpretación del Art. 110 causal 11, inciso segundo del Código Civil, bajo la consideración de que dicha norma legal *“...no se refiere a la separación, sino al abandono voluntario e injustificado. (...) En el momento en que se acepta una demanda que se fundamenta en una causal inexistente ‘separación de más de tres años’, se interpreta erróneamente el Art. 110 causal 11, inciso 2 del Código Civil.”* Al respecto este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, considera: a) 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. b) La parte actora, al deducir su demanda ha dicho: *“Lamentablemente circunstancia diversas han hecho que la relación matrimonial se resquebraje desde hace algún tiempo, es por ello que ante el requerimiento de mi cónyuge, me vi precisado a abandonar el hogar que lo teníamos conformado en unión de mis hijas, produciéndose en consecuencia la separación total, completa e ininterrumpida con total ruptura de relaciones conyugales, sexuales y de todo orden, particular que se ha cumplido por más de tres años...”* (sic). c) El Tribunal Ad quem al dictar la sentencia impugnada menciona que: *“Con los testimonio de los señores Galo Celi Feijoó, Fernando Jiménez Borja y Hernán Rodríguez Torres, el actor ha justificado los fundamentos de hecho expuestos en su demanda, esto es, el estar separado de su cónyuge por más de tres años consecutivos, con total ruptura de relaciones conyugales, maritales y sexuales, por lo que, este medio de prueba beneficia a sus pretensiones jurídicas, tanto más que los deponentes dan razón de sus dichos.”* d) La parte demandada al proponer el recuso de casación sostiene que *“No es lo mismo separación que abandono voluntario e injustificado, éste último requisito necesario para la procedencia de la acción de divorcio...”*, e) Es criterio de esta Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, conforme se ha expuesto en fallos como el signado con el No. 102-2001, dictado dentro del juicio verbal sumario de divorcio N° 30-2012, que el uso de la noción **separación** no desnaturaliza el sentido de la causal de divorcio prevista en el Art. 110 numeral 11 inciso segundo del Código Civil, que ha sido invocada por el actor y que prevé para ella el término abandono, ya que esta situación, como bien observa el propio demandante, al decir: *“...me vi precisado a abandonar el hogar (...) produciéndose en consecuencia la separación total...”*, 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 el actor abandonó el hogar, manteniéndose el estado de separación por un prolongado lapso en forma ininterrumpida, injustificada y voluntaria, puesto que si bien éste tuvo como antecedente el requerimiento de la demandada de que salga del hogar conyugal, conforme lo reconoce el propio accionante al deducir la demanda, aquella no ha demostrado su intención de reanudar la vida conyugal, ni 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, se ha tornado en abandono. Al respecto la jurisprudencia ha dicho: *“...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 N° 43 reformativa del Código Civil (Registro Oficial N° 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 conyugal' 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 'conyugal', 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. N° 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 de 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 niega 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, configura la causal de divorcio invocada. "El derecho no puede obligar a vivir juntos a una persona con otra, si no lo que puede hacer es regular las consecuencia de sus actos." (ORDOQUE, Gustavo "Matrimonio de Hecho en la Jurisprudencia Uruguaya, Buenos Aires, 2000, p. 159). **6.- DECISIÓN:** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, integrado para resolver este caso, **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 Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 16 de agosto del 2011, las. Sin costas ni multas.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal N° 384 DNP de 8 de febrero de 2012.- Léase y Notifíquese.- f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL, Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL y Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora encargada que certifica.- CERTIFICO: Que las cinco (5) copias que anteceden son iguales a sus originales, tomadas del juicio N° 188-2012Wg que sigue Santiago García contra Dolly Verduga. Quito, a 30 de agosto de 2012.- Dra. Patricia Velasco Mesías. Secretaria Relatora encargada

**3.6.5. Juicio Nº 153-2012****Asunto:** Restitución internacional de menor**Juez Ponente:** Dr. Eduardo Bermudez Coronel**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.-**

Quito, a 07 de mayo de 2012.- Las 10h19.-

**VISTOS: (JUICIO Nº 153-2012 JBP).- 1. COMPE-**

**TENCIA:** 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 RECUR-**

**SO.-** 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 prece-

dentos 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, sobre todo, 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 hermeneútica 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 N° 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 Nájjar, 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 Constitu-*

ción, 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 sobre todo, 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 CONSTITUCIÓN 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. F) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dra. 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 N° 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.

La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borroneos.- Quito, 07 de mayo de 2012.- Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.6.6. Juicio N° 271-2012 JBP

**Asunto:** El debido proceso

**Jueza Ponente:** Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

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

Quito, a 05 de octubre de 2012.- Las 10h50.- **VISTOS (JUICIO N° 271-2012 JBP). COMPETENCIA:** En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución N° 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 cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme los artículos 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. **2. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por el doctor Ángel Abelardo Bayas Cañote, de la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, misma que confirma el fallo de primera instancia dictado por el Juez Primero de lo Civil de Tungurahua, que aceptó la pretensión y declaró con lugar la demanda de investigación de paternidad seguida por María Alejandra Núñez Lizano en contra del ahora recurrente.- **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurrente alega como infringidas en la sentencia impugnada las disposiciones de derecho contenidas en los artículos 76 numerales 1, 3 y 7 literal l) y 82 de la Constitución de la República; 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; 36 y 54 de la Ley de Registro Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Fijados así los términos objeto del recurso, queda determinado el ámbito de análisis y deci-

sión de este Tribunal de Casación, en mérito del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador y normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Concluido el trámite de sustanciación, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es un recurso limitado desde que la Ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. La casación es *“recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de las técnicas 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...”* (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Sexta Edición. Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura 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, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es 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. PRIMER CARGO, NORMAS CONSTITUCIONALES:** Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, que es norma suprema del Estado y fuente fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, a la cual ha de ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional y las actuaciones de jueces, autoridades públicas y ciudadanos. No basta con alegar que se ha violado, in genere, un derecho fundamental, sino que debe expresarse en forma concreta y precisa la manera cómo ha ocurrido. En la especie, el recurrente afirma que la sentencia que impugna “...infringe (viola) el derecho al debido proceso que contiene el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; y, particularmente, viola las siguientes garantías básicas: A). 1- La sentencia infringe las garantías determinadas en el Art. 76, No. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, pues, la autoridad judicial no ha cumplido con la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de la parte demandada. Efectivamente, los señores jueces de la Primera sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, incumplen las obligaciones señaladas en el Art. 76 # 3 de la Constitución de la República y el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena ... la simple lectura de la sentencia impugnada demuestra que los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, al expedir su sentencia, no dieron cumplimiento a las normas del Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, efectivamente, en la sentencia impugnada no resuelven los puntos controvertidos en el presente juicio, como son: las pretensiones del demandado, determinadas en el acápite II) del escrito de contestación a la demanda (fs. 14 del cuaderno de primera instancia); ni tampoco las pretensiones del demandado, señaladas en la fundamentación del recurso de apelación (fs. 3 del cuaderno de segunda instancia)”. Fundamenta este cargo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Este Tribunal precisa que, el

derecho fundamental al debido proceso en el Estado Constitucional Democrático es estructural de estas dos dimensiones: de Derecho, en cuanto el poder del Estado se somete a debidos procesos y, democrático, porque la democracia alude a elementos formales relativos a la competencia y al procedimiento para el ejercicio del poder, es decir a debidos procesos. Como garantía, el debido proceso se corresponde con la dimensión objetiva de la democracia, al constituir un procedimiento que contiene elementos para lograr la dignidad humana sirve para garantizar el cumplimiento cabal de los fines del Estado. El debido proceso “es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva -integrada en un todo unitario que es la Constitución- a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, pero que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrece la tutela judicial que permita a las personas la defensa y goce efectivo de sus derechos” (Arturo Hoyos, El Debido Proceso, Santafé de Bogotá, Temis, 1998, p. 54), así se fundamenta la exigencia del respeto, en todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar el justiciable. El debido proceso es pilar fundamental del derecho procesal cuyos principios permiten procesar el derecho justo observándose un marco normativo mínimo que comprende el juez natural, la legalidad de las formas, posibilidad de ejercer el derecho de defensa o del contradictorio, pluralidad de instancias (doble conforme), acceso a los recursos, competencia, favorabilidad en materia penal, decisión definitiva sin dilaciones injustificadas, presentación de pruebas y oportunidad de contradecirlas, todo ello en serie proyectiva que culmina con decisión motivada. Por el derecho a la defensa se hace práctica la audiencia que asegura la posibilidad de ser oídos los sujetos procesales en igualdad de condiciones, dándoles oportunidad de tomar posición a cada parte respecto de las manifestaciones de la otra, de alegar todo lo que según su opinión sea pertinente y de explicar el juicio jurídico que cree debe formular. De este modo se asegura la defensa y el acceso igualitario de los justiciables al órgano jurisdiccional, principio de isonomía. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, la existencia del debido proceso requiere “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con

otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A este fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidas bajo esta institución". (Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999). Cabe tener presente que todo proceso, como conjunto de actos, requiere de ciertas formalidades (sobre circunstancias de tiempo, lugar, orden y modo) y, así, tales actos se someten a reglas que constituyen garantía para la mejor administración de justicia y aplicación del Derecho. El principio del formalismo o de la legalidad de las formas no reivindica el simple ritualismo sino la observancia de la forma fundamental como garantía medio para la obtención de una correcta decisión. La garantía del debido proceso indica que debe cumplirse un procedimiento previamente señalado en la ley, agotando todas sus etapas, sin que se lo pueda modificar por el consenso de las partes ni por decisión judicial. Si es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para efectivizar la vigencia del derecho material, toda actuación de jueces y autoridades administrativas debe observar y respetar los procedimientos preestablecidos para preservar las garantías que procuran proteger los derechos de quienes están involucrados en una situación o relación jurídica cuando dicha actuación, en un caso concreto, podría conducir a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción, artículo 76.1 de la Constitución de la República. En el caso in examine, no se ha vulnerado el derecho al debido proceso que reclama el recurrente, desde que se ha observado el principio de la legalidad adjetiva, pues intervinieron jueces competentes en primera y segunda instancia con observancia del trámite preestablecido, juicio cognoscitivo de lato conocimiento y propio para el procedimiento de la investigación de paternidad.- **5.2.** A pesar de que el casacionista fundamenta el recurso por la supuesta vulneración del derecho constitucional comentado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, lo hace con sustento en el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, porque en la sentencia que impugna "no resuelven los puntos controvertidos en el presente juicio, como son: las pretensiones del demandado, determinadas en el acápite II) del escrito de contestación a la demanda (fs. 14 del cuaderno

de primera instancia); ni tampoco las pretensiones del demandado, señaladas en la fundamentación del recurso de apelación (fs. 3 del cuaderno de segunda instancia)", hechos que corresponden a la previsión de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación: "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis". Por el principio de congruencia procesal que debe respetar la sentencia, debe ajustarse a las acciones y excepciones deducidas en juicio. Al juzgador le está vedado pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas, peticiones no formuladas o excepciones no opuestas. "Se viola el principio de congruencia cuando la sentencia decide: a) *Ultrapetitum*, otorgando al actor más de lo que pidió; b) *Citrapetitum*, dejando sin resolver cuestiones que habrían sido introducidas en la contienda; c) *Extrapetitum*, si se alteran o modifican, en aspectos esenciales las pretensiones formuladas por las partes" (Luis Álvarez Juliá, Germán R.J. Neuss y Horacio Wagner, Manual de Derecho Procesal, Segunda Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 297). El juez debe fallar de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio y las excepciones a ellas opuestas por el demandado, es decir, debe haber conformidad entre la sentencia y lo pedido por las partes (sea en demanda, reconvencción y contestación de ambas), en cuanto a las personas, el objeto y la causa, porque la decisión no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal. Se debe tener presente que con la contestación a la demanda se integra la relación procesal produciendo dos efectos fundamentales: a) Quedan determinados los sujetos de esa relación, actor y demandado, y, b) Las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez. En consecuencia, los términos en que se han planteado pretensión y oposición son los que delimitan el contenido de la sentencia (principio de congruencia), pues que en evento contrario se afectaría el derecho de defensa de las partes, decidiendo sobre cuestiones no traídas a la litis u omitiendo resolver sobre alguna de ellas. La congruencia de la sentencia, viene a ser definida como "La conformidad que debe existir entre la sentencia y la o las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición o defensa enarboladas que delimitan ese objeto". (Aldo Bacre, Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires,

1992, p. 427). El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil norma a este principio procesal al señalar que la sentencia en la que se resuelve el litigio, no puede ir más allá del petitorio ni decidir hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. En consecuencia, se desestima este cargo y a la que el recurrente la llama “*primera infracción*”.- **5.3.** El casacionista, bajo el epígrafe “*tercera Infracción*”, expresa: “*La sentencia impugnada infringe (viola), el derecho a la seguridad jurídica del Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador y los Arts. 36 y 54 de la Ley de Registro Civil. La sentencia que impugno pretende juzgarme: Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador: ‘respeto a los derechos y garantías que me confiere la Constitución de la República del Ecuador y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Art. 54 de la Ley de Registro Civil: ...Para la inscripción de inscripciones tardías de nacimiento... se efectuarán en la Jefatura de Registro Civil, Identificación y Cedulaación, correspondiente al lugar donde se produjeron, cualquiera sea la demora’. La falta de legal intervención del competente funcionario del Registro Civil (Jefe Provincial del Registro Civil), acarrea la nulidad del acto administrativo, por su falta de competencia para hacerlo*”. Fundamenta la impugnación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación “*por la falta de aplicación de las normas de derecho aplicables al presente juicio*”. En su sentido general, la seguridad consiste en la garantía que tiene el individuo en cuanto a que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataque, y, en el evento de serlo, le serán aseguradas por la colectividad protección y reparación. La seguridad jurídica, llamada así para distinguirla de ese concepto general, viene a ser: “*La situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado... que sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para los demás y de los demás para con uno*” (Máximo Pacheco, Teoría del Derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 493 y 494). El Derecho, como sistema normativo, es el instrumento que hace posible la seguridad, pero

sin que sea en sí tal seguridad, pues que éste -el Derecho- en cuanto valor, es modo posible de la vida de la persona que se siente segura en la vida colectiva, social. Es esta la razón por la que la seguridad jurídica venga a ser un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones en esa vida social, cuando sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundadas expectativas de que ellas se cumplan. En este contexto, el artículo 82 de la Constitución de la República, prevé: “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”. En esta línea la seguridad como certeza del Derecho radica en que sus normas sean perceptibles y visualizadas, que se prueben los hechos para la consecuente aplicación del Derecho, y, la ejecución, el cumplimiento de los derechos que han sido reconocidos o declarados. Conforman vivencialmente la seguridad jurídica estos dos elementos: saber o certeza, y, expectativa o confianza; la primera dice relación al conocimiento de las normas jurídicas, en cuanto disponen determinadas conductas y que esas normas objetivas son generalmente observadas, en tanto que, la segunda, deviene precisamente de ese conocimiento y comprende una fundada expectativa de que el ordenamiento jurídico tendrá continua y suficiente vigencia. Aduce el recurrente que la sentencia impugnada vulnera el derecho a la seguridad jurídica por la falta de aplicación de los artículos 36 y 54 de la Ley de Registro Civil, lo que conlleva que “*la falta de legal intervención del competente funcionario del Registro Civil (Jefe Provincial de Registro Civil) acarrea la nulidad del acto administrativo, por su falta de competencia para hacerlo*”. Estos preceptos normativos, a la letra, prevén: “*Art. 36.- Plazo para la inscripción.- El nacimiento deberá inscribirse dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha en que hubiere incurrido; transcurrido este plazo, se observará lo dispuesto en el Art. 54*”. “*Art. 54.- Reglas.- Se consideran inscripciones tardías, las que se realicen fuera de los plazos establecidos en esta Ley, ya se trate de nacimientos, matrimonios o defunciones. Para el caso de los nacimientos, matrimonios o defunciones ocurridos en territorio nacional las inscripciones tardías se efectuarán en la Jefatura de Registro Civil, Identificación y Cedulaación, correspondiente al lugar donde se produjeron, cualquiera sea la demora.*

Si el hecho o acto se produjo en el exterior, la inscripción tardía se efectuará ante el Director Nacional del Registro Civil, Identificación y Cedulación. Para las inscripciones tardías se presentarán los mismos documentos exigibles para las inscripciones oportunas y, adicionalmente, el comprobante de pago de una multa equivalente al 50% del salario mínimo vital del trabajador en general, vigente a la fecha de dicho pago. En caso de la inscripción tardía del nacimiento de personas menores de 18 años, se exime del pago de la multa señalada en el párrafo anterior y la inscripción podrá realizarse en cualquiera de las Jefaturas del Registro Civil, Identificación y Cedulación del país". (R.O. N° 379 de 08 de agosto de 1998). La inscripción tardía del nacimiento de la demandante María Alejandra Núñez Lizano tuvo lugar en la Jefatura de Registro Civil de la parroquia Augusto N. Martínez, cantón Ambato, provincia de Tungurahua, el 14 de abril de 1987, habiendo nacido la inscrita en esa misma parroquia el 14 de febrero de 1987, por lo que no existe la supuesta "nulidad del acto administrativo" por falta de competencia del funcionario del Registro Civil que realizó la inscripción, tanto más si para la fecha de esa inscripción la norma vigente, Art. 54 regla 1ª de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, previó: "Si la demora no excediere de un año, se efectuará previo pago de la multa de veinte sucres". A lo que se adiciona que ese acto administrativo goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad y está llamado a cumplirse. Por lo que se desestima este cargo. **5.4.** A continuación, en el escrito de interposición y fundamentación del recurso, el casacionista expresa: "Cuarta infracción.- Los señores jueces de la Primera Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, resuelven hechos y derechos no sujetos a su conocimiento y peor a su resolución, como es el que aparece resuelto en el considerando Quinto, apartado 5.3 de la sentencia: '...respecto a que se declare la nulidad de la inscripción del nacimiento de la demandante, petición que no solamente ha sido materia de excepción, sino que es el punto principal de la fundamentación del recurso es del todo improcedente...' Nunca me excepcioné, ni solicité que se declare la nulidad de la inscripción del nacimiento de la demandante. Lo que sí manifesté es que dicho instrumento público es nulo; y, por tanto, está viciado de nulidad manifiesta. Nulidad que invalida a ese instrumento, sin necesidad de prue-

ba (Art. 179 del Código de Procedimiento Civil), por cuanto en la inscripción tardía del nacimiento de la actora, debió intervenir el Jefe Provincial de Registro Civil, como única autoridad competente para hacerlo (Arts. 36 y 54 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación). Mis excepciones son asuntos totalmente distintos de los que trata de resolver la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua". Fundamenta este cargo "en la causal cuarta, por cuanto la sentencia resuelve lo que no fue materia del litigio". El recurrente imputa a la sentencia impugnada vicios de disonancia o incongruencia mismos que se deben advertir al comparar la parte resolutoria del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas. Al respecto, este Tribunal de Casación, se refirió in extenso en el análisis del cargo de violación de normativa constitucional. En todo caso, se puntualiza no concurrir el vicio de extra petita en el fallo de última instancia y no existe la pretendida nulidad en los términos que constan del numeral inmediato anterior.- **5.5.** Finalmente, el recurrente señala: "Segunda infracción.- La sentencia impugnada infringe (viola), el derecho a la defensa del Art. 76 #7 letra l); y, el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial.- La sentencia no resuelve las excepciones Nos. 2, 3, 4 y 5 de mi escrito de contestación a la demanda (fs. 14vta., del cuaderno de primera instancia). El tribunal de apelación equivoca flagrantemente el contenido de mi excepción #4 de mi escrito de contestación a la demanda, al expresar: '...el demandado es el legítimo contradictor...'. Si la sentencia no resuelve las excepciones alegadas como medios de defensa como exige la Ley suprema del Estado queda en evidencia la falta de motivación de la sentencia impugnada". Sustenta este cargo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, "por falta de aplicación parte dispositiva de la sentencia (sic), no se enuncian las normas jurídicas o principios en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho". La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación prevé que el recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: "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". La causal prevé el error in iudicando de violación directa

de la ley sustantiva o material en estos tres eventos: a) Falta de aplicación, que supone la existencia de un texto legal claro y no llamado a interpretación especial, se presenta cuando dicho texto no se hace actuar en la situación que él debe regir. Se desconoce la norma y se desconoce el rango o preferencia que tiene en relación con otras; b) Aplicación indebida, error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma, puede ocurrir al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica) o puede ocurrir al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; en otras palabras, supone que una norma de derecho es aplicada a una situación de hecho que aquélla no regula, generalmente porque dicha situación de hecho ha sido erróneamente calificada; y, c) Interpretación errónea, en cuanto yerro acerca de su contenido, del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador. Supone que el texto legal que tiene que aplicarse se prestaba a controversia y que la decisión atacada adoptó una interpretación que el Tribunal de Casación estima no conforme a su sentido real; no hay pues, en este evento, violación del texto de la ley, sino de su espíritu. La Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías de los derechos de protección, prevé: Art. 76.7.1).- *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”*. La ubicación de la garantía en la parte dogmática e integrada a las garantías procesales como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio, connota que protege un derecho fundamental de fiel observancia en toda resolución, administrativa o judicial, en que se decida derechos y obligaciones. La motivación es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva y los recursos. Es derecho de carácter público y naturaleza subjetiva desde que son titulares todos quienes acceden a los tribunales y órganos de la administración pública en procura de la tutela judicial efectiva de sus intereses, y además es deber porque es vinculante para los administradores de

justicia y autoridades de la administración, en cuanto la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad a través del proceso intelectual que lleva a resolver en determinado sentido. La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de la motivación, en cuanto explicación de lo hecho o resuelto con motivo o suficiente razón. *“Desde una perspectiva psicológica la motivación, del latín motus, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que desde dentro le incitan a una acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entre en la apreciación de las pruebas debe, no solo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma.”* (Sergi Guash Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 444). Conforme este autor, satisface lo resuelto en cuanto se haya examinado y concrecionado el hecho y el derecho aplicable al caso, así como a la claridad de la exposición que explica la conexión con el ordenamiento jurídico. Fernando de la Rúa expresa que la motivación de la sentencia *“Constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”*. (Teoría General del Proceso, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 46). La motivación es elemento que controla la arbitrariedad, en efecto, sirve para justificar y rendir cuentas de los razonamientos y de la lógica formal por los que se ha llegado a la resolución, *“sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y la fuerza.”* (Piero Calamandrei, citado por Sergi Guash Fernández, op. cit., p. 450). En esta línea, el Código de Procedimiento Civil, artículo 276, prevé, *“En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión”*. La doctrina al respecto señala que una adecuada motivación de la sentencia debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica. Expresa, en cuanto el juzgador no puede omitir la motivación remitiéndose a otras resoluciones o a constancias del proceso, el juez está en la obligación de

señalar las razones por las que decide; el artículo 276 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil advierte: “No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia por la mera referencia a un fallo anterior”. Clara, en cuanto el razonamiento del juzgador no esté expresado en forma ambigua ni anfibológica. Tal razonamiento debe ser comprensible a fin de que se lo pueda examinar e impugnar. Completa, porque debe abarcar los hechos y el derecho. En cuanto a los primeros, se debe considerar las pruebas introducidas en el proceso, mencionándolas expresamente y sometiénolas a la valoración crítica. El juzgador debe establecer las conclusiones de hecho, lo que a su vez atañe la fundamentación en derecho, pues que así vendrá a consistir la base de aplicación de la norma. Se puntualiza que las normas jurídicas por lo general son hipotéticas, esto es, establecen un supuesto de hecho, determinan una relación de causa-efecto, y fijan la obligación o sanción consecuentes; los hechos son el sustento de la aplicación normativa por el proceso de subsunción, por ello que para motivar la sentencia en aquellos el juzgador debe demostrarlos, para sustentarla en derecho debe describirlos y justificar en el texto legal la conclusión jurídica. Legítima, pues que la motivación debe sustentarse en pruebas válidamente actuadas; si la sentencia se apoya en prueba viciada y que no se haya subsanado el vicio invalidante, estará defectuosamente motivada, como igualmente acontece si se sirve de pruebas que no han sido incorporadas al proceso, que no han respetado el principio de contradicción ó si se sirve el juez de su conocimiento personal u omite la consideración de prueba esencial incorporada de modo legal al expediente. Lógica, en cuanto el juzgador debe seguir un proceso secuencial en su razonamiento observando las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia (reglas de la sana crítica). La motivación es operación lógica que se sustenta en la certeza por lo que el juez debe observar los principios o reglas fundamentales del pensamiento, es decir de la coherencia y la derivación, y, los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia entre sus elementos, y por derivación, el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, excepto que se trate de un principio, es decir de un juicio que no es deriva-

do sino el punto de partida para otros. De la regla fundamental de la coherencia se establecen los principios formales del pensamiento: de identidad, si en un juicio el concepto-sujeto es idéntico, total o parcial, al concepto-predicado, es necesariamente verdadero. De contradicción, dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos. Del tercero excluido, dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos, pues uno de ellos es verdadero; y, de la razón suficiente, todo juicio, para ser verdadero, requiere de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o se niega, con la pretensión de que sea verdad. Cabe precisar que la motivación para ser lógica debe tener las características de coherencia (las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben guardar relación y concordancia entre sí), no contradicción (no cabe emplear en el razonamiento juicios contrastantes entre sí, que al oponerse, se anulan) y, además, debe ser inequívoca (los elementos del raciocinio no deben dar lugar a dudas respecto de su alcance, significado y conclusiones). El artículo 3.5 de la Ley de Casación se refiere a la “*parte dispositiva del fallo*”, lo que se debe entender que es respecto a cada una de las afirmaciones, deducciones, y conclusiones de los diferentes razonamientos que constituyen la sentencia o auto que se impugna mediante recurso extraordinario de casación. Por el comentario que antecede se concluye que la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada.- **5.6.** Se puntualiza que, la Constitución de la República prevé, entre los derechos de libertad, es decir los derechos civiles, el de la identidad personal y a desarrollar la procedencia familiar, artículo 66.28. El derecho a la identidad viene siendo caracterizado como el que tiene cada quien de ser uno mismo, de distinguirse y ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales. El fundamento axiológico que sustenta este derecho es la dignidad del ser humano, por lo que es derecho personalísimo autónomo. La identidad personal a través de su faz estática se configura por todo aquello que comprende la realidad biológica del sujeto, su identidad filiatoria o genética y comprende los caracteres físicos y sus atributos de identificación; nombre, fecha de nacimiento, huellas digitales, la propia imagen, la voz, y, por referirse a los rasgos externos de la persona se la llama “*identidad física*”. En tanto que, la faz dinámica que se proyecta

socialmente, está en constante movimiento y tiene absoluta connotación cultural (engloba creencias, pensamientos, religión, ideología, opiniones y acciones de la persona) y, por constituir perspectiva histórico-existencial se la llama también identidad espiritual. Cabe precisar que el ser humano constituye una unidad, por lo que su derecho a la identidad comprende ambas facetas porque precisamente lo somático y lo espiritual definen, en conjunto, la identidad personal, así lo reconoce y consagra el texto constitucional citado. La identidad personal genera el derecho a conocer la identidad genética y filiatoria y que se identifica con el derecho a conocer la génesis, la procedencia e identidad en cuanto tienen carácter exclusivamente jurídico por ser derecho de la persona a un determinado estado de familia y que, a través del debido emplazamiento, genera el vínculo entre dos personas y que permitirá la calificación de padre o madre e hijo o hija. *“La identidad biológica de cada persona es en la actualidad una realidad no discutida en tanto ser único en su información genética y que lo diferencia de cualquier otro y que se encuentra contenida en la molécula llamada ácido desoxirribonucleico, ADN, que se hereda por mitades de padre y madre y lo que se analiza son las diferencias existentes en esa molécula -que se conocen como polimorfismos- que constituyen la clave de la información. Por lo tanto, no se consideran las áreas monomórficas del ADN que, como su nombre lo indica, son exactamente iguales en las personas”.* (Mauricio Luis Mizrahi, Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas, Editorial Astrea. Buenos

Aires. 2006. p. 55). Es conocida la eficiencia de esta prueba biológica para la determinación de la filiación desde que permite dirimir la realidad discutida y conocer la verdad buscada con garantía absoluta, desde que es prueba hoy más segura, contundente, fiable y eficaz que hay en el campo científico. El artículo 252 del Código Civil establece el derecho de quien no ha sido reconocido voluntariamente para pedir que el juez lo declare hijo de determinado padre, por tanto, la actora está legitimada ad causam al comparecer por su derecho personalísimo y expresado en la demanda. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil señala entre los medios probatorios, el dictamen de peritos que, en la especie, resultan concluyentes. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Al no encontrarse afectada la sentencia por las infracciones de las que se la acusa, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, por la motivación que antecede, **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 proferida por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua el 17 de febrero de 2012, a las 16h14. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.- F) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Dra. 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).

### 3.6.7. Juicio Nº 30-2012PVM

**Asunto:** Divorcio

**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. **VISITOS: (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 correspondan, 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 cimenta 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. N° 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 N° 43 reformativa del Código Civil (Registro Oficial N° 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 conyugalis’ 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 ‘conyugalis’, principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por si 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. N° 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 consecuencia 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.- f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL 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 N° 30-2012 PVM (Resolución N° 102-2012) que, por divorcio sigue WALTER VALVERDE contra ERIKA REYES.- Quito, 14 mayo de 2012. Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.6.8. Juicio N° 62-2012PVM

**Asunto:** Nulidad absoluta de testamento abierto

**Jueza Ponente:** Dra. Rocío Salgado Carpio

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

Quito, 30 de mayo de 2012, A LAS 11h00.- VISTOS: (JUICIO N° 62-2012PVM). 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.

**1. ANTECEDENTES:** Conoce la Sala en virtud de los recursos de casación que oportunamente interponen los actores Alberto Homero Soria Garzón y Orlando Marcelo Soria Garzón, de la sentencia dictada por la Sala de Conjuces de la

Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 1 de septiembre del 2009, las 09h12, misma que confirma la dictada por el Juez Noveno de lo Civil de Pichincha el 29 de septiembre de 2003, las 09h00, que desecha la demanda de nulidad absoluta de testamento abierto otorgado en la ciudad de Quito el 21 de diciembre de 1999 ante el Notario Noveno, Dr. Gustavo Flores Uzcátegui, por la señora María Manuela Garzón Ayala, seguido por José Virgilio Soria Soria, Alberto Homero Soria Garzón, Orlando Marcelo Soria Garzón, este último por sus

propios derechos y a nombre y representación de sus hermanas María Susana Soria Garzón y Lidia Araceli Soria Garzón en contra de Franklin Humberto Soria Garzón. Concedidos y admitidos a trámite los recursos, para resolver se considera:

**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 INTERPUESTO POR EL ACTOR ALBERTO HOMERO SORIA GARZÓN.**

El casacionista alega como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos 11.4, 76 (l), 169, 172, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador; 18, 19, 20 del Código Orgánico de la Función Judicial; 9, 10, 16, 18 reglas 1, 2, 4 y 7, 1037, 1052, 1698 y 1699, 1716 del Código Civil; 19, literales d, f, g, h, 22 23 numerales 1, 2, 24, 26, 41 y 47 de la Ley Notarial, 115, 164, 165, 170, 179, 274, 280, 408, 409, 410, 411 y 412 del Código de Procedimiento Civil; y, los precedentes jurisprudenciales: fallos de casación sobre el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil.- 23-IV-1996 (Res. 52, R.O. 23, 11-IX-1996).- 20-VIII-1998 (Res. 231-98, R.O. 128, 11-II-1999), 22-X-1991 (G.J.S. XV, N° 13, p. 3936). Sobre el Art. 1699 del Código Civil, que faculta y obliga al Juez a proceder de oficio, aún sin petición de parte y declarar la nulidad absoluta de ciertos actos y documentos: 8-II-2001 (Resolución N° 22-2001, Tercera Sala, R.O. 355, 26-VI-2001), determinando como causales en que fundan su recurso la 1ra., 3ra., 4ta. y 5ta. del Art. 3 de la Ley de Casación.

**4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ACTOR ORLANDO MARCELO SORIA GARZÓN.**

El recurrente nomina como infringidas en la sentencia recurrida las normas de derecho contenidas en los artículos 11 numeral 1, 76 numeral 1, 82, 169, 172, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador; 18, 19 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial; 9, 10, 16, 18 reglas 1, 2, 4 y 7, 1037, 1052, 1698 y 1699, 1716 del Código Civil; 19, literales d, f, g, h, 22, 23 numerales 1 y 2, 24, 26, 41 y 47 de la Ley Notarial, 115, 164, 165, 170, 179, 274, 280, 408, 409, 410, 411 y 412 del Código de Procedimiento Civil; y, los precedentes jurisprudenciales: fallos de casación sobre el Art. 280 del Código de Procedi-

miento Civil.- 23-IV-1996 (Res. 52, R.O. 23, 11-IX-1996).- 20-VIII-1998 (Res. 231-98, R.O. 128, 11-II-1999), 22-X-1991 (G.J.S. XV, N° 13, p. 3936). Funda su recurso en las causales 1ra., 3ra., 4ta. y 5ta. del Art. 3 de la Ley de Casación.

**5. 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 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.

**6. ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO POR EL ACTOR ALBERTO HOMERO SORIA GARZÓN: PRIMER CARGO:**

Ateniéndonos a las recomendaciones de la lógica jurídica y habiendo el recurrente nominado como infringidas normas constitucionales, por su jerarquía y supremacía sobre las demás, corresponde iniciar el análisis considerando la alegación de su quebranto. A criterio del casacionista, en la sentencia recurrida

se han infringido las normas contenidas en los Arts. 11.4, 76 (l), 169, 172, 426 y 427 de la “Constitución Política de la República del Ecuador”, las que, en su orden, se refieren a: los principios que rigen el ejercicio de los derechos, específicamente, (4) “*Ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*”; el derecho al debido proceso, puntualmente (l) “*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas*”; el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; la obligación de los jueces y juezas de sujetarse a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley; la supremacía de la Constitución, cuyas normas son de inmediato cumplimiento; y, la interpretación de las normas constitucionales, pero, cuya vulneración el recurrente omite encasillar en una de las causales previstas por el Art. 3 de la Ley de Casación, identificando el modo o vicio en que se produjo su trasgresión y demostrando, a través del cotejamiento de aquellas con la sentencia impugnada su violación, privando de esta forma al Tribunal de los elementos indispensables para realizar el análisis correspondiente, lo que impide que prosperen sus alegaciones respecto de aquellas, en razón del principio dispositivo contenido en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador. **SEGUNDO CARGO:** La causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación que la doctrina conoce como “CASACIÓN EN LA FORMA”, se refiere a los vicios que afectan a la sentencia, en cuanto tiene que ver con su estructura propiamente dicha y con la coherencia o relación lógica de su contenido. Respecto a la estructura, cabe mencionar que “*Los requisitos que atañen a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las pretensiones; c) motivación de la sentencia, que configura el tema más amplio y trascendental de estas reflexiones; d) parte resolutive; e) fecha y firma*” (DE LA RUA, Fernando, “Teoría General del Proceso”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 144); de aquellos, la motivación constituye el elemento más relevante del fallo, pues en ella deben expresarse tanto los razonamientos de hecho como de derecho en los que el juez respalda su decisión. Revisada la sentencia impugnada, este Tribunal de Casación observa que cumple con todos y cada uno de los

requisitos mencionados, incluyendo una exposición coherente y armónica de los aspectos que llevaron al Juez de segundo nivel a confirmar la decisión de primera instancia. En cuanto a la contradicción que el recurrente sostiene que existe en el contenido de la sentencia impugnada al manifestar que: “*...la Sala al emitir su resolución en la que gasta mucho espacio y tiempo revela la forma mezquina y a la vez contradictoria cuando expresan que: ‘los actores pretenden que se declare la nulidad absoluta del testamento abierto dejado por la señora María Manuela Garzón Ayala, mediante acto solemne realizado ante el notario doctor Gustavo Flores Uzcátegui el 21 de diciembre del año 1999’, y lo relacionan únicamente con las disposiciones invocadas en el libelo de la demanda inicial y omiten expresar las disposiciones expresadas e invocadas en el recurso de apelación cómo sino se hubiera fundamentado el respectivo recurso al que deliberadamente lo ignoran completamente, lo que nos causa indefensión y gravamen irreparable.*” (sic); este Tribunal considera indispensable recordar que “*La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y el derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado. (...) Pero no se trata de un acto de voluntad del juez, sino del Estado a través de aquél. (...) El juez no crea el derecho, sino que lo declara o reconoce, de acuerdo con los hechos de donde se origina y con la norma legal que lo regula, o la costumbre que es aplicable.*” (DEVIS ECHANDIA, Hernando, “Compendio de Derecho Procesal”, Editorial A B C, Bogotá, 1985, p. p. 457 y 458), por lo que la actividad jurisdiccional se limita a la pretensión y contradicción expuestas oportunamente por las partes procesales al formular la demanda y contestarla, fijando con ellas los temas a debatirse dentro del proceso, por lo que es obligación del juzgador remitirse, para decidir la cuestión controvertida, a los asuntos sobre los que se trabó la litis, sin que el juez de segundo nivel pueda entrar a considerar cuestiones que no forman parte de la discusión, ni aún cuando ellos hayan sido planteados por una de las partes al impugnar mediante recurso de apelación la decisión del juez de primera instancia, ya que “*En virtud de la apelación, la causa fallada por el juez inferior es traída al juez superior. Éste tiene el mismo*

conocimiento pleno del negocio que el primer juez; esto es, examina la causa desde todos los aspectos que pudieron ser objeto de examen por parte del primero. El conocimiento del segundo juez tiene por objeto, aparente e inmediato, la sentencia de primer grado, que deberá ser declarada justa o injusta en hecho y en derecho; pero en realidad tiene por objeto **la relación** decidida, sobre la cual el segundo juez ha de resolver **ex novo**, basándose en todo el material reunido. De ello deriva la consecuencia de que durante el término para apelar, y pendiente el juicio de apelación, la sentencia de primera instancia no puede ser ejecutada...” (CHIOVENDA, Guiseppe, “Curso de Derecho Procesal Civil”, Oxford University Press, México, 1999, p. 523). De modo que, siendo la apelación “**...el remedio procesal mediante el cual los litigantes reclaman al tribunal superior al que dictó una resolución judicial que la deje sin efecto, dictando en su lugar otra que repare los agravios que les ocasiona la primera**’.” (...) el Tribunal de apelación debe limitar su pronunciamiento al análisis de lo actuado en primera instancia, pero con carácter excepcional se pueden aportar nuevos elementos de juicio ante los Tribunales de Alzada, o la producción de pruebas que no fueron actuadas ante el Inferior.” (FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, p. 19); mal podía, entonces, deducirse recurso de apelación respecto de algo que no fue materia de discusión y por tanto de resolución del juzgador de instancia, así como tampoco podía el Tribunal Ad quem emitir pronunciamiento alguno sobre un tema ajeno a la litis, planteado por primera vez al interponer recurso de apelación y que no aporta ningún elemento nuevo sobre el tema debatido, ni medio de prueba alguno que permita formar o aclarar la convicción del juzgador. En la especie, como queda dicho, el recurrente arguye que el Juez de segunda instancia al resolver aplicó solo las disposiciones invocadas en el libelo y no las invocadas en el recurso de apelación, lo que, por lo dicho, carece de toda lógica, puesto que el recurso de apelación no puede cambiar la acción intentada, como pretende el accionante, quien al formular la demanda solicitó la **NULIDAD ABSOLUTA DEL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR LA SEÑORA MARÍA MANUELA GARZÓN AYALA**, en la ciudad de Quito el 21 de diciembre de

1999, ante el Notario Noveno, Dr. Gustavo Flores Uzcátegui, esgrimiendo, para hacerlo, como fundamentos de hecho, que la otorgante “...no se encontraba en completo estado de lucidez y por lo tanto se desacataron las normas legales que rigen las sucesiones (Art. 1043 del Código Civil), que limitan las libertades del testador para disponer de lo suyo. No se ha cumplido tampoco con el mandato de los Arts. 1226, 1227, 1229 y 1237 del Código Civil, que regulan las legítimas, pues que, en el presente caso se ha favorecido únicamente a determinado hijo y prácticamente deseredando (sic) a otros, puesto que, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición asignadas a Franklin Humberto Soria Garzón, supera el porcentaje que determina la Ley.”, de lo que se infiere que la nulidad demandada, entre otros por el ahora recurrente, ataca al acto de otorgamiento de testamento, en sí mismo, pues su fundamento de derecho se sustenta en la aseveración de que la otorgante no era persona hábil para testar, lo que invalida al acto, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1044 del Código Civil, nulidad que, de existir, debía ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, en virtud de lo prescrito por el Art. 1699 del citado cuerpo de Leyes. Alegación que los demandantes tenían la obligación de probar, según lo establecido por el Art. 114 (ex 118) del Código de Procedimiento Civil, y que de autos no consta demostrada, por lo que bien hizo el Tribunal de Instancia al declarar la validez del acto, esto es del testamento. En cuanto al cuestionamiento que los accionantes efectúan en el libelo respecto del tema mismo de la disposición o asignación de los bienes de la otorgante, al mejorar a uno de sus hijos con la cuarta de mejoras y de libre disposición, tenemos claro que aquello no es motivo de nulidad del testamento, puesto que la Ley sustantiva civil contempla para esos casos la acción de reforma del testamento, de manera que sobre el particular también se pronunció acertadamente el Juzgador de segundo nivel, quien, ni a título de aplicar, conforme reclama el recurrente, el principio **iura novit curia**, consagrado en el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil que dice: “*Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.*”, podía pronunciarse sobre las nuevas alegaciones realizadas por los accionantes al deducir el recurso de apelación, quienes afirman “...los actores hemos

aceptado la omisión de determinar los puntos de derecho en nuestra demanda primitiva, y esto lo expresamos en nuestro recurso de apelación interpuesto que obran de fojas (364v) y principalmente hemos invocado el Art. 284 actual (280) del código de Procedimiento Civil (...) Sin embargo, esta obligación no observó la Sala, no aplicó, violó el procedimiento al juzgar a pesar de habérsela expresamente invocado...”, puesto que dicho principio solo faculta al juez a dictar sus fallos aplicando normas de derecho distintas a aquellas invocadas por los litigantes para fundar su derecho, sin apartarse de las cuestiones debatidas dentro del proceso, ya que como bien lo señala el autor Fernando de la Rúa en su “Teoría General del Proceso”: “Sobre la regla ‘iura novit curia’, el tribunal puede dar a los hechos su calificación correcta y suplir las omisiones o errores de las partes, pero la prohibición de reformatio in peius impone limitaciones: no pueden exceder de la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos, y sólo pueden pronunciarse iura novit curia si media recurso hábil, ya que su potestad está limitada por los agravios del apelante. La invocación del iura novit curia no debe encubrir, bajo la apariencia de la aplicación oficiosa de la ley correspondiente, la introducción de pretensiones no planteadas o cuestiones ajenas al objeto procesal.” (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p.p. 229 y 230), actuar como exige el recurrente equivaldría al cambio de acción, lo que está prohibido por el Art. 70 (ex 74) del Código de Procedimiento Civil, o incurrir en vicio extrapetita, puesto que la nulidad que el casacionista solicita se declare al presentar el recurso de apelación, con fundamento en el Art. 47 de la Ley Notarial, que dice: “Es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.”, ataca, en cambio, a la validez del instrumento, de la escritura propiamente dicha, y aquella no puede ser declarada de oficio, puesto que el Art. 172 del Código de Procedimiento Civil contempla la posibilidad de renovación de la copia del instrumento público. Acción cuya naturaleza es esencialmente diferente a la intentada por el casacionista, que confunde al realizar sus alegaciones continente con contenido y que, por tanto, se encuentra a salvo. Consecuentemente, las pretensiones del accionante de que el Tribunal de Casación, case la sentencia impugnada y declare: “LA NULIDAD ABSOLUTA DE LAS COPIAS

CERTIFICADAS DEL TESTAMENTO ABIERTO QUE SE DICE HA OTORGADO LA SEÑORA MANUELA GARZÓN AYALA, ANTE EL NOTARIO NOVENO DEL CANTÓN QUITO, CELEBRADA EL 21 DE DICIEMBRE DE 1999, QUE DESDE LA PRIMERA HASTA LA QUINTA COPIA SE HAN EMITIDO EN FORMA ILEGAL. (...) LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA MATRIZ EN SU VERSIÓN ORIGINAL DEL MENCIONADO TESTAMENTO, EN EL SUPUESTO DE EXISTIR FÍSICAMENTE SU ORIGINAL Y DEJAR SIN EFECTO LA INSCRIPCIÓN DE LA PRIMERA COPIA QUE SE ENCUENTRA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL CANTÓN QUITO, CON FECHA 25 DE ENERO DEL 2000 DEL DOCUMENTO EN REFERENCIA TESTAMENTO.” (sic), devienen en improcedentes, puesto que en casación no pueden resolverse cuestiones nuevas, esto es, puntos que no han sido materia de discusión dentro del juicio, por no haberse trabado la litis respecto de aquellos. Sobre el particular, Manuel de la Plaza, con acierto enseña que: “...no pueden resolverse en casación las cuestiones que por primera vez se plantean ante el Tribunal Supremo (S. 14 de marzo de 1916); 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 (S. 22 de mayo de 1916). En otro aspecto dice la S. de 3 de noviembre de ese mismo año, que, en casación, no pueden ser alegadas disposiciones que no lo fueron durante el debate. (...) Y para no cansar inútilmente al lector, anotemos, en la sucesión de los años, la S. de 4 de diciembre de 1922, que veda establecer supuestos de hecho no alegados durante el proceso, para combatir la resolución impugnada en un nuevo aspecto, que implica la discusión de un punto de derecho que antes no fue objeto de debate; la de 10 de febrero de 1928, según la cual, no son aplicables en un recurso de casación por infracción de ley las relativas a puntos no debatidos o que no hayan sido objeto del juicio...”. (“La Casación Civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. p. 162 - 163), por lo que se rechaza el cargo. **TERCER CARGO:** La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de la materia, prevé los casos de “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.”, su concurrencia se advierte al comparar la parte resolutive del fallo con la o las pretensiones de la demanda y/o reconvenición y

con las excepciones deducidas. Se configura en tres supuestos: 1) Cuando el juez otorga más de lo pedido (plus o ultrapetita); 2) Cuando el juez otorga algo distinto a lo pedido (extrapetita); y, 3) Cuando el juez deja de resolver sobre algo de lo pedido (citra petita), por tanto consiste en “Los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción” (R.O. N° 33 de 25 de septiembre de 1996, p. 6), por lo que al alegarla debe determinarse de manera precisa en cuál de los tres casos se encasilla la falta de congruencia, en la que ha incurrido el Juez Ad quem, es decir, si en citra petita, ultra petita o extra petita, debiendo fundamentar su alegación debidamente, a través del enfrentamiento entre las peticiones de las partes, con las que quedó trabada la litis y la sentencia impugnada. Para fundamentar esta causal, el casacionista dice que “...la evidente incongruencia de la sentencia es cuando la Sala, expresa que: **‘Por el contrario, para sostener la falsedad, los accionantes únicamente han solicitado varias inspecciones judiciales a los registros de la respectiva notaría’**, sobre este punto, la Sala o no han leído el proceso u omiten en forma deliberada pronunciarlas, ya que existen experticias que confluyen que la firma del notario en la certificación de la primera copia es dubitada, además de existir un proceso penal por uso doloso de documento falso en contra del demandado Franklin Soria Garzón.”, cita que, aunque sacada de contexto, demuestra que la alegación del recurrente se remite a asuntos sobre los que no se trabó la litis, pues aborda incluso un nuevo aspecto que no es materia de discusión del presente juicio, por lo que mal podía el Tribunal de instancia emitir al respecto pronunciamiento alguno en virtud del principio de congruencia, que, contrariamente a lo que sostiene el casacionista, no consiste en emitir un pronunciamiento sobre todos los temas que las partes procesales traigan a discusión durante la tramitación de un proceso, en el tiempo y en la forma que consideren pertinente, sino que por el contrario exige el respeto al principio constitucional de seguridad jurídica, consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”, principio que en palabras del “...tratadista Antonio Fernández Galia-

no, en su Introducción a la Filosofía del Derecho (...) se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos.- Por supuesto que lo descrito es un ideal utópico para cuya efectividad se requeriría un ordenamiento de una perfección técnica incompatible con la falibilidad de toda obra humana: es evidente que en todo derecho existen imperfecciones, imprevisiones del legislador, lagunas y contradicciones, pero también hay normas que no realizan con plenitud los debidos ideales de justicia y no por eso deben condenarse el ordenamiento en su conjunto como incapaz de realizar aquel valor. Lo que interesa es que el derecho, aparte de sus inevitables fallos, tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento.- La finalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarlas en casos concretos irán dirigidas normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existentes en todos los ordenamientos: tales son, entre otros, el de inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, independiente de su conocimiento y el de la fuerza de la cosa juzgada, el de la protección posesoria y el que inspira a la institución de la usucapión”. (Cita tomada del artículo “LA SEGURIDAD JURÍDICA” de José García Falconí, publicada en la Revista Judicial del Diario La Hora, el Viernes, 06 de Enero de 2012 11:47 Última actualización el Martes, 31 de Enero de 2012 11:17). Seguridad Jurídica cuya esencia radica en la previsibilidad y certeza del derecho. “La Corte constitucional de Colombia, en una sentencia

señaló ‘La previsibilidad de las decisiones judiciales de certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento jurídico de manera estable y consistente (...)’. En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el Art. 83 de la Constitución país (Art. 32 en la nuestra), a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias’.- La misma Corte Constitucional, señala ‘La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.- La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley’.- La Corte Constitucional de Colombia en sentencia dictada en el caso C-836 de 09 de agosto de 2001, cuyo magistrado ponente es el Dr. Rodrigo Escobar Gil, señala ‘En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el Art. 83 de la Constitución a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía solo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que,

aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina **venire contra factum proprium non valet.**” (**publicación citada**).- Del mismo modo, el principio de congruencia, conlleva el respeto al derecho al debido proceso, garantizado por la Constitución de la República, en su Art. 76, que, en palabras del Dr. José García Falconí, “Abarca tres aspectos, que son: 1. Que medie imparcialidad e independencia de los jueces, condición que se vincula con el principio de igualdad de las partes procesales; 2. Que el litigante tenga oportunidad adecuada de defensa y prueba, pues esto se vincula al principio de contradicción; y, 3. Que la intervención jurisdiccional asegure la tutela efectiva en tiempo, acorde a lo que señalan los Arts. 72 inciso tercero y 75 de la Constitución de la República, Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y Arts. 20, 22 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.” (*Ibidem*). Por tanto, la resolución de asuntos sobre los que no se trabó la litis no constituye citra petita, por lo que el cargo es improcedente. **CUARTO CARGO:** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, como lo viene sosteniendo la Corte Nacional de Justicia, se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Su procedencia depende de que al deducirla se cumplen los siguientes requisitos concurrentes: 1. Identificación precisa del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o interpretes); 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su juicio se ha infringido; 3. Demostración, con lógica jurídica, de la forma en que se ha violado la norma sobre valoración de la prueba; y, 4. Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada como consecuencia del error cometido al realizar la valoración de la prueba. Por tanto, su alegación debe basarse en la existencia de dos infracciones sucesivas: la primera, la de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba y la segunda, de una norma de derecho, como resultado de la primera, lo que el recurrente omite señalar, por cuanto al deducir su recurso de modo general menciona la infracción de varias normas, pero

respecto de ellas no señala el vicio o modo de quebranto, salvo el caso del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, cuya violación denuncia por “falta de aplicación”, omitiendo configurar la proposición jurídica completa señalando que su quebranto a su vez ha conducido a la equivocada aplicación o no aplicación de alguna norma de derecho, por una parte; y, por otra parte, el recurrente desenvuelve la alegación de violación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba en torno a los planteamientos que no fueron materia de la acción y contradicción dentro del proceso, es decir sobre aquellos aspectos que, analizados en líneas precedentes, no fueron materia de la litis y por tanto de pronunciamiento por parte del Juez Ad quem, por lo que se desecha el cargo. **QUINTO CARGO:** La causal primera se refiere a la “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”. 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. “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” (Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio N° 84-98. Villarroel vs. Licita, R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999). En la especie, el recurrente nomina como infringidas una serie de normas de derecho y de precedentes jurisprudenciales, pero respecto de cada uno de ellos no precisa la forma o modo en que se produce su quebranto, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; ni

define cómo esta vulneración ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia impugnada, lo que impide a este Tribunal de casación entrar en la consideración del cargo.- **RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO POR EL ACTOR ORLANDO MARCELO SORIA GARZÓN** Aunque más concreto y reducido, el recurso de casación interpuesto por Orlando Marcelo Soria Garzón, coincide, con el analizado en líneas precedentes, en nominar como infringidas las mismas disposiciones legales, señalando incluso, como fundamento de aquel, las mismas causales del Art. 3 de la Ley de Casación, reproduciendo, aunque en forma más concreta, al realizar la fundamentación, idénticos argumentos, lo que obliga a este Tribunal a reproducir lo dicho en líneas precedentes. **6. 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 integrado para resolver este caso, **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 impugnada.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal N° 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase. F) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E). CERTIFICO: Que las ocho (8) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio N° 062-2012 PVM (Recurso de Casación) que sigue JOSÉ SORIA Y OTROS contra FRANKLIN SORIA GARZÓN. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.- Quito, 30 de mayo de 2012. Dra. Patricia Velasco Mesías SECRETARIA RELATORA (E)

### 3.7. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

#### 3.7.1. Juicio Nº 286-2012 M.R.M.

**Asunto:** Accidente de tránsito

**Juez Ponente:** Dra. María Rosa Merchán Larrea.

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

Quito, 29 de agosto de 2012. Las 08h30.-  
**VISTOS.- 1. ANTECEDENTES.** El Juzgado Segundo de Tránsito de Chimborazo, dicta sentencia condenatoria en contra del ciudadano Andrés Eduardo Mena Maldonado, por encontrarlo autor responsable del delito culposo tipificado y sancionado en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, imponiéndole la pena modificada de “seis años de reclusión menor ordinaria”, suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y la multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. De esta sentencia ha interpuesto recurso de apelación el sentenciado Andrés Eduardo Mena Maldonado, recayendo el mismo en la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, la que confirma en lo principal la sentencia dictada por el Juez A-quo, reformándola en lo que tiene que ver con el tiempo de la pena, imponiéndole la sanción definitiva de cuatro años ocho meses de reclusión menor ordinaria. De esta sentencia tanto el ciudadano Andrés Eduardo Mena Maldonado como el doctor Eduardo Santillán Chávez Fiscal de Tránsito de Chimborazo interponen recurso de casación. **2. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. 2.1.** En la audiencia de fundamentación del recurso, la defensa técnica del sentenciado recurrente manifestó en lo principal: que fundamenta el recurso de casación, en la indebida aplicación de normas especialmente las que definen certeza y responsabilidad, arguye que para

que proceda la imputación objetiva, es decir para que se le pueda imputar objetivamente a una persona y esa conducta pueda ser típica, no solamente es necesario que se cumpla con los presupuestos normativos de la conducta sino que se realice un riesgo jurídicamente desaprobado, que ese riesgo se haya verificado en el resultado y que además no haya intervenido una auto puesta en peligro o una acción a propio riesgo de la víctima, agrega, “por ejemplo manejar embriagado es realizar un riesgo jurídicamente desaprobado pero puede ser que ese riesgo no se verifique en el resultado, yo manejaba embriagado cruce un verde otro carro cruzó el rojo colisionamos y no se debió la colisión al riesgo jurídicamente desaprobado, porque si hubiera estado bueno y sano no se habría producido ningún hecho, en este caso el señor Mena conducía embriagado y producto de ese embriaguez colisiona contra un poste de luz, como consecuencia se produce un resultado lesivo a la vida del señor Palán, pero tenemos el tercer elemento, la acción a propio riesgo o la autopuesta en peligro, estas tienen a su vez tres elementos: el primero es que la víctima haya consentido en el riesgo; el segundo que la víctima haya sido capaz de consentir en el riesgo; y, el tercero que la persona que genera el riesgo no tenga una relación de especial protección frente a la víctima, estos tres casos se cumplen en el presente caso, el señor Andrés Mena no estaba en posibilidad de impedir por el estado ético en que se encontraba que los señores Palán y Fuentes suban a su carro, de acuerdo al testimonio del sobreviviente Fuentes, el señor Mena les pidió que no le acompañaran y el señor Palán

insistió en acompañarlo, el señor Palán era mayor de edad, las acciones a propio riesgo modifican o eliminan la posibilidad de imputación, nada de esto se ha tomado en cuenta, al momento de decidir", continúa señalando el recurrente, "que el señor Palán sabía que el señor Mena estaba totalmente embriagado, porque fue con él con quien se embriagó, el señor Mena insiste en que no le acompañe, sin embargo el señor Palán insiste en acompañarlo, tenía él todo el poder de decidir si lo hacía o no lo hacía, el señor Mena no tenía ninguna relación en cuanto posición de garante con el señor Palán, se cumplen todos los requisitos para que se efectivice la acción a propio riesgo, esto se da cuando el tipo penal objetivo se ha verificado, en este caso, el que causare la muerte por imprudencia, negligencia, impericia, homicidio culposo eso es lo que estamos discutiendo, ahora, se causó la muerte sí, lo que estamos discutiendo es un punto jurídico específico, que pedimos que ustedes nos lo aclaren cabe o no cabe la imputación objetiva en nuestro sistema penal; donde radica la indebida aplicación de la norma, la norma nos exige certeza sobre la responsabilidad, esa certeza no solamente se genera de la valoración probatoria sino de la aplicación de estándares jurídicos, lo que estamos diciendo nosotros, es que ha habido una indebida aplicación de la norma, porque se le ha llamado certeza de responsabilidad sin haber analizado si se le podía imputar objetivamente ese tipo penal al señor Mena, porque no se analizó que si bien hubo un riesgo jurídicamente desaprobado que se plasmó en un resultado, hubo de parte de la víctima todos los requisitos para la autopuesta en peligro por eso es que consideramos que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro en este caso como circunstancia modificante o suprimente de la pena procede y por eso pedimos que se nos diga por parte de la Corte si procede o no procede, hemos analizado y hemos justificado el por qué procede la acción a propio riesgo, en este caso se cumplen todos los requisitos que tanto la dogmática como la jurisprudencia internacional establecen para la acción a propio riesgo; cuando la persona conoce y asume el riesgo, y al asumir este asume también el resultado evidentemente esta circunstancia modifica o elimina la imputación, por lo tanto en este caso al cumplirse todos esos requisitos debió tomarse en cuenta esto a la hora de dictarse sentencia...", por lo que conclu-

ye solicitando a este Tribunal, que vía resolución se case la sentencia y se la declare atípica, por haberse verificados los elementos de la acción a propio riesgo de la conducta del señor Mena.

**2.2.** La Fiscalía señaló en lo principal: que de conformidad con el artículo 354 del Código de Procedimiento Penal fundamenta el recurso de casación, que fuera interpuesto por el doctor Ernesto Bolívar Santillán Chávez, Fiscal de Tránsito de la provincia del Chimborazo en relación a la sentencia emitida por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo que desechó el recuso de apelación, confirmando la sentencia dictada por el inferior pero la modifica en cuanto a la pena impuesta que la reduce de seis años a cuatro años ocho meses de reclusión menor, pues refiere que se ha aplicado una reducción del 25 % por parte del inferior cuando debía aplicarse el 40% de rebaja en aplicación del artículo 120 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, existiendo errónea interpretación en el marco del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, este error se produce cuando la Sala de lo Penal y Tránsito, hace esta modificación de la pena amparada en el artículo 120 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, errónea interpretación de este artículo que le permite el analizar y el aplicar rebajas de pena, que ciertamente no es procedente al tenor de lo que disponen los artículos 122 y 124 del mismo cuerpo legal, el señor Andrés Eduardo Mena Maldonado sentenciado presentó, una prueba de alcoholtest positivo en la que se determinó que tenía 1.287 miligramos de alcohol en su sangre la noche del accidente, pues el artículo 124 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, señala que quien conduce o comete la infracción en estado de embriaguez no puede ser favorecido con la concesión de rebajas de pena, y artículo 122 del mismo cuerpo legal, dispone que las rebaja penitenciaria no será concedida al que cometiere la infracción en estado de embriaguez; pese a que exista la reparación de daños materiales como en este caso se da efectivamente el sentenciado suscribe un acta reparatoria con la madre del señor Vicente Palán Moreno quien resultó muerto en este accidente de tránsito, sin embargo este reconocimiento de reparación de daños que podría eventualmente generarle una rebaja de pena, en este caso por el

estado de embriaguez y por las salvedades contenidas en los artículos referidos, no es aplicable ese es el error de derecho en el que incurre el Juzgador al haber aplicado rebajas de pena sin que la ley se lo permita, haciendo una interpretación errónea de los artículos 122 y 124 de la ley de la materia, esto en cuanto a la sustentación del recurso de casación por parte de la Fiscalía. En lo referente a la teoría del riesgo asumido considera que no es aplicable en este caso específico, pues el que salió conduciendo el vehículo, el que dijo a las otras personas no me acompañen, era el hoy sentenciado Andrés Eduardo Mena Maldonado, señala que, no es aceptable sostener este tipo de tesis de que no era el que conducía, tanto es así que se señala que Fuentes que era otro ocupante de la camioneta que iba en la parte de atrás, tiene golpes, queda inconsciente, pero no tiene huellas de sangre ni en su ropa ni en su cuerpo ni en el asiento o la parte física del vehículo, sin embargo quien conducía Andrés Eduardo Mena Maldonado, si se le encuentra en su ropa en el lado derecho sangre especialmente en el pantalón, la fuerza de accidente es tal que tuvo cuatro momentos primero contra la vereda, contra un muro, contra la pared y luego se impacta con el poste, lo que genera que la víctima Jaime Vicente Palán Moreno sufra un estallamiento de su cabeza y la masa cerebral así lo establecen los informes periciales, por lo que discrepa con la tesis sostenida por la defensa pues la teoría de la autopuesta en peligro no corresponde en su aplicación por dos condicionamientos, por los condicionamientos fácticos existentes por un lado y sobre todo por las resoluciones ya de la Corte Constitucional en relación a lo que es la culpabilidad, lo que debe entenderse como tal y sobre todo cuales son las actuaciones, los caminos por los cuales los Jueces deben transitar en los casos que conoce. Por lo que concluye solicitando la Fiscalía que se deseche el recurso de casación interpuesto por Andrés Eduardo Mena Maldonado porque considera no se ciñe a los requerimientos establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. **3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. 3.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 188.3 del Código Orgánico de la Función Judicial. **3.2. SOBRE LA CASACIÓN Y SUS**

**FINES:** La Constitución de la República del Ecuador, configura un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que su deber primordial es garantizar el goce de los derechos establecidos en la Constitución sin discrimen, asegurando el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso que incluyen la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a través de los recursos previstos por la ley. En el ordenamiento penal ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma en que lo estructura el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituye un recurso de carácter limitado y extraordinario, que procede solo contra sentencias, y que se lo puede interponer por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias, control de legalidad que se materializa en la confrontación de la sentencia impugnada con la Constitución, y la ley a través de sus causales, que no son otras que la violación de normas constitucionales, derechos fundamentales y la ley, por contravención expresa de su texto; indebida aplicación o errónea interpretación. **4. ANALISIS MOTIVADO DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO 4.1.** En cuanto a la alegación del abogado defensor del recurrente Andrés Mena Maldonado, argumentando que para que se le pueda imputar objetivamente a una persona y esa conducta pueda ser típica, no solamente es necesario que se cumpla con los presupuestos normativos de la conducta sino que se realice un riesgo jurídicamente desaprobado, que ese riesgo se haya verificado en el resultado y que además no haya intervenido una auto puesta en peligro o una acción a propio riesgo de la víctima; este Tribunal advierte que manejar un vehículo en estado de embriaguez constituye un riesgo no permitido sancionado por el artículo 145.2 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, riesgo que al producir un resultado típico, la muerte de uno de los ocupantes del vehículo, le es imputable al conductor, al tenor de lo dispuesto en el artículo 126 ibídem, en relación con el artículo 270 del reglamento a la referida Ley; que establece que en todo momento los conductores son responsables de la seguridad de los pasajeros. En el accidente de tránsito que produce la muerte de una persona, debido al actuar del conductor del vehículo, tipificado y sancionado

por la ley de la materia, que no solo protege el cuerpo y la vida de los ocupantes del vehículo, sino la seguridad en el tráfico, y otros bienes jurídicos como la seguridad de la colectividad, el consentimiento del "auto puesto en peligro" no produce ningún efecto jurídico, primero porque aquel no puede disponer sobre el bien jurídico la seguridad del tráfico y de la colectividad; porque su consentimiento supuestamente expresado al abordar el vehículo carece de eficacia, por que así lo ha declarado la voluntad del legislador al introducir el tipo en el artículo 126 ibídem y en este caso porque la facultad de consentir del ahora fallecido estaba viciada al encontrarse en absoluto estado de embriaguez según ha sostenido el recurrente al momento de fundamentar el recurso. La muerte en el accidente de tránsito no se produjo por un actuar de la víctima que decidió responsablemente autoponerse en riesgo; en este supuesto se produce por el actuar del conductor que infringió la ley, adecuando su conducta a la norma que tipifica y sanciona a quien conduciendo un vehículo en estado de embriaguez ocasione un accidente de tránsito en el que resulte muerto una o más personas, en consecuencia la muerte del ocupante del vehículo producida por un conductor en estado de embriaguez, le es objetivamente imputable a ese conductor; no procediendo con este fundamento el recurso de casación interpuesto, por el recurrente, por lo que se lo declara improcedente. La argumentación de la Fiscalía, atribuyendo al Tribunal de segunda instancia, errónea interpretación del artículo 120 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que ha permitido aplicar rebaja de pena, no permitida al tenor de lo dispuesto en los artículos 122 y 124 del mismo cuerpo legal, por el estado de embriaguez del procesado con 1.287 miligramos de alcohol en su sangre la noche del accidente; no procede, pues la Sala de Apelación interpreta adecuadamente la norma, en el artículo 126 ibídem, la embriaguez es constitutiva de la infracción y no una agravante. Analizada la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, este Tribunal observa que la materialidad de la infracción se encuentra probada; en cuanto a la responsabilidad penal del ciudada-

no Andrés Eduardo Mena Maldonado existe duda. Los testimonios de los ciudadanos presentes en el lugar de los hechos al respecto dan cuenta de que ocurrido el accidente, observaron al procesado inconsciente y en el asiento trasero del vehículo, así lo afirman César Torres Vacancela, y Ana Lucía Cobos Cáseres; Iván Luna Suárez señala además que vio que el chofer del vehículo accidentado, se bajó cogiéndose el codo y se dio a la fuga, que éste era una persona delgada, alta y con pantalón azul, que al brindar los primeros auxilios, observó que la puerta del lado izquierdo del vehículo estaba abierta y que el señor Mena estaba en el asiento de atrás y a su lado un señor de melena, y que los dos estaban inconscientes en la parte de atrás; todos señalan que el fallecido se encontraba en el asiento delantero del vehículo junto al del conductor del vehículo que estaba vacío. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia al encontrar duda sobre el hecho de que el procesado Andrés Mena Maldonado, se encontraba conduciendo el vehículo al momento del accidente que produjo la muerte de Jaime Moreno Palan, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, que en su parte pertinente ordena que cuando exista duda sobre los hechos declarará la inocencia del procesado; **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara improcedentes los recursos de casación interpuestos tanto por el ciudadano Andrés Mena Maldonado como por la Fiscalía; y, de oficio, corrigiendo el error de derecho falta de aplicación del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia y confirma la inocencia del procesado. Se dispone la inmediata libertad de Andrés Mena Maldonado y el cese de todas las medidas cautelares ordenadas en su contra, a cuyo efecto se remitirá el proceso a la brevedad posible al Tribunal de origen. Notifíquese.- Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL; Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL. Certifico.- Dr. Milton Álvarez Chacón, SECRETARIO RELATOR.

**3.7.2. Juicio Nº 296-2012 M.R.M.****Asunto:** Accidente de tránsito**Juez Ponente:** Dra. María Rosa Merchán Larrea.**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

Quito, 06 de agosto de 2012.- Las 09h00.-

**VISTOS.- 1. ANTECEDENTES.**

El Juzgado Segundo de Tránsito del Azuay, dicta sentencia condenatoria en contra del ciudadano Jorge Braulio Arévalo Landi, por encontrarlo autor responsable del delito culposo tipificado y sancionado en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, imponiéndole la pena modificada de dos años ocho meses de prisión, suspensión de la licencia de conducir, y condenándole además al pago de daños y perjuicios por un valor de doce mil novecientos treinta y seis dólares americanos. De esta sentencia han interpuesto recurso de apelación tanto el procesado como la acusadora particular, recayendo el mismo en la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la misma que resuelve desechar los recursos de apelación interpuestos por el procesado y acusador particular, confirmando en lo principal la sentencia dictada por el Juez A-quo, pero reformándola en lo que tiene que ver con el tiempo de la pena, imponiéndole la sanción definitiva de dieciocho meses de prisión. De esta sentencia el ciudadano Jorge Braulio Arévalo Landi, interpone recuso de casación. **2. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.**

**2.1.** En la audiencia de fundamentación del recurso, la defensa técnica del procesado recurrente manifestó en lo esencial: que el día 2 de octubre del año 2011, a las 14h00 aproximadamente, en la calle Quinuas de doble circulación y Angas se da el atropello y muerte de una menor de apellido Aucapiña de tres años de edad, que su defendido Jorge Arévalo circulaba por la calle Angas y al llegar a la intersección de la calle Quinuas donde forma una T, mira hacia a la izquierda y observa que no existe vehículos para salir de esa esquina y en esa esquina también estaba estacionada una volqueta, observa hacia a la derecha porque es de doble circulación para continuar su marcha, al arrancar el vehículo, de una tienda de la esquina diagonalmente sale la menor de una manera imprevista y se da con la parte delantera izquierda del guardafangos del auto-

motor, agrega además, que los Juzgadores en su sentencia han vulnerado el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, porque la misma no se encuentra motivada, ya que no existe argumentación jurídica para llegar a sancionar a su defendido Jorge Arévalo Landi; que los Juzgadores han inobservado los artículos 199 literales d) y e) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 266 numerales 2, 3 y 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, por cuanto la niña se cruzó de manera intempestiva sin el debido cuidado, y sin un familiar que la proteja; que se ha violado también el artículo 4 del Código Penal que prohíbe en materia penal la interpretación extensiva, y que en caso de duda se estará a lo más favorable al reo; añade además el casacionista que es procedente aplicar la segunda parte de lo previstos en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no existe certeza de la responsabilidad de su defendido en el presente caso, y en caso de duda debe confirmarse la inocencia del procesado, porque no tuvo la culpa, ya que él no se dio cuenta cuando la niña intempestivamente cruzó y se produjo este hecho; y, que existe una falsa aplicación del artículo 127 literales a), c) y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Por lo que concluye solicitando a este Tribunal, se case la sentencia y se confirme la inocencia de su defendido Jorge Braulio Arévalo Landi y en consecuencia se disponga su inmediata libertad. **2.2.** La Fiscalía señaló en lo principal: que la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito del Azuay con fecha doce de abril de 2012, dicta sentencia confirmando en lo principal la sentencia condenatoria dictada por el Juez Segundo de Tránsito de Cuenca, modificando la pena, reduciéndola a dieciocho meses de prisión, existiendo la doble sentencia condenatoria conforme, de esta sentencia interpone recurso de casación el señor Jorge Arévalo Landi, argumentado que se han violado los artículos 4 del Código Penal; el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a la motivación, al respeto señala el representante de la Fiscalía que existe

debida motivación en la sentencia, pues en la misma se señala que la niña se encontraba en pleno derecho de preferencia de la vía al cruzar una intersección y más aun la sentencia dice que el mismo acusado señala que al llegar a la esquina tenía que virar al lado izquierdo, como habían carros ahí, porque estaban jugando estiró un poco la cabeza para ver si no venían carros para salir y en ese instante su hijo que estaba a su lado le dice una niña se acaba de cruzar, por lo que se ha justificado con certeza la existencia del delito tipificado en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el que dice serán sancionados con prisión de tres a cinco años suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general a quien ocasionare un accidente de tránsito del que resultare la muerte de una persona, y en este caso se ocasionó la muerte de la niña Mayte Paola Aucapiña López de tres años de edad, en el caso que se verifique cualquiera de las siguientes circunstancias: a) negligencia, o sea descuido del recurrente que cometió esta infracción, b) por imprudencia, esto es por escasa preparación profesional, y f) inobservancia de la ley y su reglamento, agrega, que hay que recordar que existe una alarma social por los accidentes de tránsito que constantemente se están produciendo en el país, que el artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta que lo que se busca en el nuevo ordenamiento jurídico es la paz social y uno de los parámetros fundamentales de la paz social es sin duda alguna no dejar en la impunidad estos delitos y son estos delitos los que causan alarma social, se ocasionó la muerte de una niña por descuido por negligencia del señor Arévalo conforme el mismo lo reconoce en su testimonio y además de las otras pruebas y del reconocimiento del lugar de los hechos, en consecuencia la Fiscalía considera que no se ha fundamentado el recurso de casación interpuesto por el señor Jorge Arévalo Landi. Por lo que concluye solicitando, se devuelva el proceso al Juez Segundo de Tránsito de Cuenca a fin de que se de cumplimiento a la sentencia antes mencionado y al pago de los daños y perjuicios que se ocasionó y se sentenció en la cantidad de doce mil novecientos treinta y seis dólares americanos. **3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. 3.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Este Tribunal es

competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 188.3 del Código Orgánico de la Función Judicial. **3.2. SOBRE LA CASACIÓN Y SUS FINES:** La Constitución de la República del Ecuador, configura un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que su deber primordial es garantizar el goce de los derechos establecidos en la Constitución sin discriminación, asegurando el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso que incluyen la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a través de los recursos previstos por la ley. En el ordenamiento penal ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma en que lo estructura el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituye un recurso de carácter limitado y extraordinario, que procede solo contra sentencias, y que se lo puede interponer por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias, control de legalidad que se materializa en la confrontación de la sentencia impugnada con la Constitución, y la ley a través de sus causales, que no son otras que la violación de normas constitucionales, derechos fundamentales y la ley, por contravención expresa de su texto; indebida aplicación o errónea interpretación. **4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO 4.1.** Este Tribunal advierte que analizada la sentencia impugnada a través de este recurso, en ella se observa realizado un pormenorizado análisis de la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento, la que valorada aplicando las reglas de la sana crítica, ha llevado a los juzgadores a que en fallo dictado, con convicción y certeza declaren comprobada conforme a derecho la existencia de la infracción, y la responsabilidad del acusado Jorge Braulio Arévalo Landi, pues los Juzgadores correctamente, han adecuado el proceder del impugnante Jorge Braulio Arévalo Landi en el Art. 127 literales a), c) y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ya que por su imprudencia, negligencia e inobservancia a la Ley y Reglamentos de Tránsito, al conducir su vehículo de forma distraída y sin tomar las precauciones debidas, atropelló a la menor Mayte Paola Aucapiña, produciendo su fallecimiento,

pues el sentenciado debió obrar en la vía pública con la prudencia suficiente para evitar el suceso dañoso. **4.2.** La argumentación del impugnante, con respecto a que los juzgadores en la sentencia han vulnerado el artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, incumpliendo con su obligación de motivar, y argumentar jurídicamente el por qué se llega a sancionar al procesado, se la analiza así: De la estructura de la norma constitucional que regula la obligación de motivar, deviene que su control debe hacerse en base a los siguientes lineamientos: el porqué de la resolución, con análisis de los hechos; las normas legales que sustentan el razonamiento, y la explicación lógica del nexo entre los hechos y la norma. De la lectura de la sentencia que se impugna se observa que en ésta se analizan los hechos traídos al proceso mediante la prueba actuada, la que en forma razonablemente explicada lleva a la Sala de Apelación a concluir que se ha probado fehacientemente la existencia de la infracción muerte de una menor por impacto en accidente de tránsito y la responsabilidad del procesado conductor del vehículo que por negligencia, imprudencia e inobservancia de la ley y su reglamento causó el accidente, en cuya razón se lo declara autor y responsable del delito de tránsito tipificado y sancionado con la norma que se enuncia, artículo 127 literales a), c) y f) de la ley de la materia. Este Tribunal, no encuentra sustento ni explicación razonada del porque la Sala de Apelación, realiza dos pronunciamientos, el primero “El apelante sentenciado no ha desvirtuado los fundamentos de su apelación en la Audiencia Pública y Contradictoria convocada por la Sala” y el segundo “sanción que tomando en cuenta los atenuantes justificados, se la modifica con respecto a la pena que se rebaja a dieciocho meses de prisión”. La primera afirmación carece de lógica, al apelante sentenciado no le correspondía desvirtuar los fundamentos de su apelación; la segunda no contiene una explicación razonada, pues no se señala que atenuantes se han considerado para la rebaja de la pena, porque se los aplica y sujetándose a que norma legal. Sin embargo, se ha argumentado razonablemente sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, por lo que la resolución se la considera motivada. Con respecto a la argumentación del procesado sobre la inobservancia en la sentencia del artículo 199 literales d) y e) de la Ley Orgánica

de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, que establece como obligaciones de los peatones, durante su desplazamiento por la vía pública, las de cruzar las calles por la línea cebra y pasos destinados para ello y de no existir estos, cruzar por las intersecciones o esquinas; y abstenerse de caminar por la calzada en las calles abiertas al tránsito vehicular, este Tribunal formula las siguientes consideraciones: De la prueba actuada en la audiencia pública, en todos los testimonios sin contradicción alguna, consta demostrado que el accidente de tránsito se produjo en la intersección de las Calles Quinuas y Angas, en el lugar destinado para el cruce de personas; no correspondiendo entonces en la sentencia la aplicación de la disposición contenida en el artículo 199 literales d) y f) ibídem, pues la niña impactada cruzaba la calle, por el lugar destinado para ello. Con respecto a la acusación de inobservancia en la sentencia recurrida, del artículo 266 numerales 2, 3 y 4 del Reglamento de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, el Tribunal considera: que la norma del reglamento referido en sus tres numerales al establecer otras obligaciones para los peatones, señala en el numeral 2 como se debe conducir a grupos de niños, supuesto no ocurrido en el presente caso; con respecto a lo previsto en el numeral 3, no hay en la prueba actuada constancia alguna de que la niña víctima del accidente haya cruzado la calle en forma diagonal ni intempestiva; su actuar dada su inocencia no puede ser calificado de temerario. De los testimonios rendidos como prueba en la audiencia correspondiente consta que la causa basal del accidente es el momentáneo descuido del conductor al realizar el viraje. Este Tribunal deja en claro que, el artículo 200 literal a) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece que las personas con discapacidad, movilidad reducida y grupos vulnerables, entre ellos los niños gozarán especialmente y con privilegio del derecho de paso sobre las personas y los vehículos; el artículo 202 numeral 4 del Reglamento de la referida Ley, prescribe que los peatones tienen derecho de vía una vez que han iniciado el cruce de la calzada; el artículo 212 del Reglamento de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial ordena que en las intersecciones no reguladas o zonas delimitadas para el paso de peatones los conductores deberán otorgar la

preferencia de paso a los peatones; y, el artículo 270 del Reglamento de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, determina que en todo momento los conductores son responsables de su seguridad, de la seguridad de los pasajeros y la del resto de los usuarios viales, y el procesado no ha observado estas disposiciones. Con respecto a la alegación sobre violación del artículo 4 del Código Penal, el Tribunal señala que en el caso sometido a juicio y a la decisión de los juzgadores de instancia, no se aprecia que hayan concurrido las hipótesis de una norma o de varias normas materiales o punitivas, que guarden o revelen entre sí una contradicción que sea fuente de dudas en cuanto a su interpretación, para que proceda la aplicación del principio de lo más favorable al reo, contenido en la disposición; careciendo entonces la alegación de fundamento. Este Tribunal considera que en la sentencia impugnada los Juzgadores aplicaron correctamente las normas que se refieren tanto a la valoración de la prueba como a la tipificación de los hechos, así como a la responsabilidad del procesado. En lo que respecta a la rebaja que se establece en la parte dispositiva de la misma, sin señalar en virtud de que atenuante y con fundamento en que disposición legal se la hace, el Tribunal encuentra error, en la cuantificación de la pena, el artículo 124 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en su parte pertinente, señala que las penas de prisión y de multa, se reducirán hasta en un tercio de las mismas, cuando se haya justificado a favor del procesado circunstancias atenuantes, por lo que la sanción mínima que debió aplicar el Tribunal Juzgador es la de veinticuatro meses, y no la de dieciocho meses como lo ha hecho, pues lo que se debe rebajar es el tercio de la pena impuesta, y no la pena a un tercio. Aclarado aquello, y al ser el procesado el único recurrente el Tribunal aplicará la garantía constitucional de no reforma en perjuicio, consagrada en los artículos 77.14 de la

Constitución de la República del Ecuador; y, 328 del Código de Procedimiento Penal. **DECISIÓN EN SENTENCIA** Con la motivación expuesta y no desvirtuada, la responsabilidad del acusado, cuyo actuar se adecua perfectamente a la descripción del artículo 127 literales a), c) y f) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito y Seguridad Vial, de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara improcedente el recuso de casación planteado por el procesado Jorge Braulio Arévalo Landi, y de oficio casa parcialmente la sentencia, señalando que los juzgadores han vulnerado el artículo 124 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que dispone en su parte pertinente que las penas de prisión y de multa, se reducirán hasta en un tercio de las mismas, cuando se haya justificado a favor del procesado circunstancias atenuantes, por lo que la sanción mínima que debió aplicar el Tribunal Juzgador es la de veinticuatro meses; sin embargo en aplicación a lo dispuesto en los artículos 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 328 del Código de Procedimiento Penal, se mantiene la pena impuesta por los Juzgadores de segunda instancia, confirmándose en lo demás la sentencia recurrida. Ejecutoriado este fallo devuélvanse los expedientes de instancia, para su ejecución. En virtud del Oficio N° 386-2012-SPMPPT-CNJ, de fecha 26 de julio de 2012, actúe la doctora Martha Villarroel Villegas, como Secretaria Relatora Encargada. NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.- Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL. Certifico.- Dra. Martha Villarroel Villegas, SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.



# CUARTA PARTE



## CAPÍTULO IV

ALGUNOS TEMAS RELEVANTES TRATADOS POR  
EL DEPARTAMENTO DE PROCESAMIENTO DE  
JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
DE LA CORTE NACIONAL



## 4.1. EN MATERIA PENAL

### 4.1.1. RESOLUCIÓN Nº: 0217-2009

**JUICIO Nº:** 0072-2007

**PROCEDENCIA:** Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 07 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Colusión

**ACTOR (ES):** AGUIRRE TIGRERO EVA OLIMPIA / AGUIRRE TIGRERO SEGUNDO RAMÓN / AGUIRRE TIGRERO EDITH ARGENTINA / AGUIRRE TIGRERO NORMA FLORA / AGUIRRE TIGRERO ALBERTO LISÉFORO / AGUIRRE TIGRERO AUSBERTO ALEJANDRO / AGUIRRE TIGRERO PAULA EMILIA / AGUIRRE TIGRERO JULIA RAQUEL / MACÍAS MONTECÉ MIREYA / AGUIRRE MACÍAS DANNY / AGUIRRE MACÍAS ANDREÍNA.

**DEMANDADO (S):** PINTO RIVAS LORENZO ISMAEL / MONTOYA SUÁREZ LEONIDAS SALOMÓN / TAPIA YÁNEZ CRISTÓBAL / LAJE RODRÍGUEZ EUGENIO / CABEZAS SOLÍS PEDRO / SOLÍS CEREZO EMILIO / VELIZ SANDOYA PABLO NICOLÁS / OLMEDO MUÑOZ SIXTO / HIDALGO IBÁÑEZ NORBERTO / LIBERTIO DESIDERIO PEDRO EVARISTO / UQUILLAS CABRERA ALEJANDRO VICENTE / AGUIRRE TIGRERO MARCIA DE JESÚS / LIBERIO SANTILLÁN ISIDRO / VALENZUELA RAQUEL

#### Sentencia:

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Restrictores)	PROCESAL PENAL/ ACCIÓN COLUSORIA/ELEMENTOS CONSTITUTIVOS
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Descriptor)	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCIÓN COLUSORIA EN MATERIA PROCESAL PENAL
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Para calificar una acción dolosa como delito colusorio, es necesario demostrar la existencia de los siguientes requisitos esenciales: a) Un acuerdo de voluntades; b) Que dicho acuerdo sea fraudulento o doloso, es decir, con intención de causar daño; c) Que con ese acuerdo doloso se cause un daño real y efectivo a una tercera persona.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<b>“SÉPTIMO:</b> [...] Por otro lado, con la prueba presentada, no se ha demostrado los requisitos esenciales de la colusión, como son: a) Un acuerdo de voluntades; b) Que dicho acuerdo sea fraudulento o doloso, es decir, con la intención de causar daño; c) Que con ese acuerdo doloso se cause daño real y efectivo a una tercera persona; es decir, que no se ha demostrado el acuerdo fraudulento y doloso concertado entre los demandados para perjudicarlos; toda vez, que Segundo Aguirre como propietario del bien inmueble, de conformidad con la ley, podía disponer de sus bienes hasta el fin de sus días; así como, tampoco se ha establecido que Marcia de Jesús Aguirre Tigrero, haya inducido a su padre con argucias, engaños a suscribir la escritura de compra venta, la misma que cumple con las solemnidades que exige la ley para su otorgamiento.- [...]”.

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Restrictores)	PROCESAL PENAL/JUICIO COLUSORIO/PRUEBA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO ADQUIRIDO
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Descriptor)	PRUEBA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO VIOLADO EN LOS PROCEDIMIENTOS COLUSORIOS
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Para que alguien pueda ser afectado por un acto o procedimiento colusorio debe probar la titularidad del derecho que se alega que se violó, pues las meras expectativas no constituyen derecho legítimamente adquirido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<b>“SÉPTIMO:</b> El artículo 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión establece que “El que mediante algún procedimiento o acto colusorio hubiere sido perjudicado en cualquier forma, como entre otros, en el caso de privársele del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente le competen, podrá acudir con su demanda ante la Corte Superior del domicilio de cualquiera de los demandados”. De lo expresado en dicha norma se deduce que para que alguien pueda ser afectado por un acto o procedimiento colusorio debe tener algún derecho legítimamente adquirido que se pueda ver lesionado. Se colige entonces, que la persona que plantea un juicio colusorio debe probar la titularidad del derecho que se alega se violó. En la especie, del análisis del acervo probatorio y los documentos presentados, se llega a la conclusión que, los actores a la fecha de otorgamiento de la escritura de compra venta celebrado entre Segundo Lucas Aguirre Muñoz, en su calidad de vendedor y Marcia de Jesús Aguirre Tigrero, compradora; esto es, el 5 de abril de 2004, y que constituye el supuesto acto colusorio, no tenían ningún derecho real sobre el bien inmueble materia de la acción; lo que si tenía los actores era expectativas de heredar a su padre en caso de fallecimiento [...]”.

**4.1.2. RESOLUCIÓN N°: 0220-2009-1SP**

**JUICIO N°: 0334-2008**

**PROCEDENCIA:** Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 07 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Falsificación de documento privado

**ACTOR (ES):** VALENCIA CAMPOVERDE NASHLY /VÁSQUEZ MORENO JULIA, MINISTRA FISCAL DISTRITAL DEL AZUAY (E) **(Recurso: Casación)**

**DEMANDADO (S):** BARROS REINOSO FLAVIO ENRIQUE **(Recurso: Casación)**

**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptores)	PROCESAL PENAL/CARGA DE LA PRUEBA/CERTEZA/IN DUBIO PRO REO
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	EL PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LO PENAL SE SUSTITUYE POR EL DE <i>IN DUBIO PRO REO</i>

<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	En los delitos de falsificación o adulteración de documentos privados es necesario tener certeza acerca del nexo causal entre la existencia del ilícito denunciado y la responsabilidad penal del imputado o procesado, caso contrario, las dudas en materia de pruebas se deben resolver a favor de aquél, absolviéndolo en virtud del principio de in dubio pro reo.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>“[...] <b>QUINTO: MOTIVACION JURÍDICA DEL FALLO.-</b> 1. El Art. 252 del Código de Procedimiento Penal, dice “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa (etapa del juicio); y, el Art. 304-A ibídem dispone que: “...Cuando el tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria [...] <b>SEXTO: RESOLUCIÓN.-</b> Con los antecedentes expuestos, se concluye que no hay constancia jurídica plena acerca de la existencia del nexo causal entre el ilícito denunciado y la responsabilidad penal de Flavio Barros Reinoso; requisito imprescindible para determinar culpabilidad en el encausado [...]”.</p>
<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptor)	PROCESAL PENAL/ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES IGUALES DE VARIAS PERSONAS
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES IGUALES DE VARIOS ACTORES EN MATERIA PENAL
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	El fiscal a cargo de la instrucción y los jueces deben establecer si existen varias infracciones conexas para iniciar y tramitar un proceso penal por cada una de ellas, caso contrario, al tratarse de un solo delito o de una sola infracción penal deben disponer la acumulación de autos por referirse los hechos a una misma actuación delictiva, cometida en unidad de tiempo y lugar, por el mismo agente; para así ejercitar la acción en un solo proceso penal y llegar a dictarse la sentencia que corresponda; de no procederse así, se actuaría de manera irregular.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>“<b>QUINTO: MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL FALLO.-</b> [...] 3. Por otro lado, de autos se desprende que Flavio Barros ha sido encausado seis veces por los mismos hechos y actos, cometidos en un mismo lugar y en un mismo momento, lo que se debe ser investigado por el Fiscal General del Estado, así como por el Consejo de la Judicatura, al haberse inobservado el Art. 21, numeral 3, en concordancia con el Art. 25 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal que dice: “habrá un proceso penal por cada una de las infracciones conexas”. Pero en este caso, la única infracción denunciada y procesada es el delito de falsificación, supuestamente cometida por el mismo agente en contra de varias personas, por lo que, evidentemente el fiscal interviniente que no inició una sola instrucción, así como los diversos jueces que no dispusieron la acumulación de autos, han actuado de manera irregular [...]”.</p>

**4.1.3. RESOLUCIÓN N°: 0225-2009-1SP**

**JUICIO N°: 0477-2008**

**PROCEDENCIA:** Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 07 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Usurpación

**ACTOR (ES):** MARÍA CAZAR RIVADENEIRA (**Recurso: Casación**)

**DEMANDADO (S):** EDUARDO VICENTE UNDA (**Recurso: Casación**) / FERNANDO UNDA FIGUEROA / XAVIER UNDA FIGUEROA / ALEXANDRA JÁTIVA DÍAZ

**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Rescriptores)	PROCEDIMIENTO PENAL / DELITO DE USURPACIÓN / VALORACIÓN DE LA PRUEBA
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Descriptor)	LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LAS MODALIDADES DEL DELITO DE USURPACIÓN
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	En todo proceso penal de acción privada iniciado por el delito de usurpación previsto en el artículo 580 del Código Penal, el querellante debe probar conforme a derecho que el querellado adecuó su conducta a alguna o algunas de siguientes modalidades de usurpación, esto es: despojo de la posesión o tenencia del inmueble o de un derecho real por violencia, engaño o abuso de confianza, o si para apoderarse de todo o parte del inmueble el agente destruye o altera los términos o límites del bien; o, finalmente, si con violencias o amenazas estorba la posesión del inmueble. Bajo estas premisas, se configura de manera fehaciente el nexo causal entre el ilícito de usurpación y la responsabilidad penal de los querellados.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p><b>“QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCIÓN.-</b> [...] 4. Por otro lado, en la usurpación se distinguen las siguientes modalidades: despojo de la posesión o tenencia del inmueble o de un derecho real por violencia, engaño o abuso de confianza, o si para apoderarse de todo o parte del inmueble el agente destruye o altera los términos o límites del bien; o, finalmente si con violencias o amenazas estorba la posesión del inmueble. En la especie obran copias certificadas de la escritura pública de compra-venta del aludido bien celebrada el 19 de febrero de 2003 entre Eduardo Vicente Unda, en calidad de vendedor y Lenín Unda Figueroa, en calidad de comprador, casado con María Cazar Rivadeneira y la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad del cantón Quito el 11 de julio de 2003 (fojas 157 a 163 y 170 a 178); así como también una demanda de amparo posesorio que sigue Fernando Unda, otro de los querellados, en contra de Lenín Unda (fojas 53 y 54) y la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos (fojas 146 a 147 y su ampliación de fojas 168 y 169), con lo que se ha comprobado conforme a derecho, que los querellados han adecuado su conducta al menos dos de las tres modalidades de la usurpación, esto es, despojo de la posesión o tenencia del inmueble en base al abuso de confianza y que en la apropiación se han alterado los términos del mismo, conductas que están determinadas en los numerales 1 y 2 del Art. 580 del Código Penal y que han sido invocadas por la acusadora particular en su escrito de fundamentación del recurso de casación. 5. Bajo estas premisas, se ha configurado de manera fehaciente el nexo causal entre el ilícito de usurpación y la responsabilidad penal de los querellados, nexo imprescindible para establecer juicio de reproche, esto es, culpabilidad [...]”</p>

**4.1.4. RESOLUCIÓN N°: 0148-2009-2SP****JUICIO N°: 0356-2008****PROCEDENCIA:** Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 02 de marzo de 2009 las 10h00**ASUNTO:** Peculado**ACTOR (ES):** LEDESMA MANUEL, BEJARANO RAÚL, SEGURA MIGUEL, RIERA ANÍBAL.**DEMANDADO (S):** ALDAZ NÚÑEZ FROILÁN**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> Restrictores	Competencia / Dirimencia / Conflicto / Excusa / Incidente / Devolución de expediente
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptores	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Conflicto de Competencia Negativa</li> <li>* Dirimencia de Competencia</li> <li>* Incidente de Competencia</li> <li>* Devolución de Expediente al Juez Excusante</li> <li>* Requisitos para la Excusa (Art. 586 numeral 6 - C.P. Civil)</li> <li>* Negativa de Excusa</li> <li>* Negativa para aceptar la competencia</li> </ul>
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	El haberse limitado un juez a dictar una orden de prisión, no significa que ha fallado en la causa, por lo tanto no constituye causal de excusa para aceptar la competencia de la misma posteriormente.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(…) <b>TERCERO:</b> La Sala estima que el hecho de haber dictado la orden de prisión en la audiencia de formulación de cargos en contra de los concejales del cantón Las Naves de la provincia de Bolívar no constituye haber fallado y que el juez en esta etapa al haber dado orden de prisión lo hace en virtud de una garantía que la ley le otorga a pedido del Ministerio Público, sin que ello signifique haber citado a los imputados o de que se haya iniciado la causa penal, es decir, su excusa no cumple con la exigencia determinada en el numeral seis del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil y que tampoco tiene relación de conexidad con la Instrucción Fiscal N° 4-2007, seguida en contra de los mismos concejales, en la que ha ordenado la prisión preventiva que aduce como causa de la excusa.- Por las consideraciones anotadas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se dirime la competencia declarando que corresponde el conocimiento de esta causa al Presidente de la Corte Provincial de Bolívar, Dr. Leopoldo Chávez Del Pozo, a donde se remitirá el expediente a la brevedad posible para que asuma la competencia. Con costas y perjuicios a su cargo, a quien además se le impone la multa de ocho centavos de dólar americanos, conforme lo dispone al Art. 867 del Código de Procedimiento Civil.- Notifíquese y hágase conocer al Presidente Subrogante de la Corte Provincial de Bolívar (...)”

**4.1.5. RESOLUCIÓN N°: 0133-2009-2SP**

**JUICIO N°: 0238-2006**

**PROCEDENCIA:** Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 26 de febrero de 2009 las 10h00

**ASUNTO:** Tenencia de estupefacientes

**ACTOR (ES):** ESTADO ECUATORIANO

**DEMANDADO (S):** MENDOZA SÁNCHEZ ANDRÉS, MENDOZA SÁNCHEZ CARLOS, TROYA FAUSTO TOMÁS (casación)

**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> Restrictores	LEY DE ESTUPEFACIENTES / PRUEBA / SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE INCAUTADA / OMISIÓN DE SOLEMNIDAD PROCESAL
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor	EL ANÁLISIS QUÍMICO DE LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES INCAUTADAS NO CONSTITUIRÁ ÚNICA PRUEBA A PRESENTAR ANTE EL JUEZ.
<b>JURISPRUDENCIA:</b> (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	El análisis químico de la sustancia estupefaciente incautada, no constituye la única prueba a ser presentada ante el Juez, para poder establecer una infracción dentro de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; siendo que no se sacrificará la justicia por su simple omisión como solemnidad procesal, contemplada como garantía del debido proceso; más aún si el delito objeto del juicio tiene carácter de flagrante. (Art. 192 Constitución del Ecuador)
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	(...) "3) Respecto a, que existe falta de aplicación del Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, ya que el informe del análisis de la sustancia ilícita, viola esta disposición, tal alegación es impertinente, porque en el sistema procesal penal oral acusatorio, está proscrita la prueba legalmente tasada y rige la garantía de que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades procesales, contemplada como garantía del debido proceso en el Art. 192 de la Carta magna vigente, lo cual significa que, el análisis químico de la sustancia estupefaciente no es la única forma de probar la existencia de las infracciones de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. En el presente caso, se exhibió la sustancia ilícita incautada en la Audiencia de Juzgamiento, en el operativo de inteligencia policial montado para este efecto, y los señores policías que participaron en el mismo e incautaron la sustancia prohibida, rinden su testimonio en la Audiencia sobre este particular. Además, consta el testimonio del Dr. Nazareno Alfonso Proaño Jiménez, sobre la evaluación psíquica realizada a los acusadores, determinando de que positivamente se trata de drogodependientes. Tiene relevancia, destacar también, que el delito objeto del juicio tiene carácter de flagrante, condición que no se puede desvirtuar, en consideración a que los acusados fueron sorprendidos con la evidencia, por personal de Antinarcóticos, que expresamente habían montado una operación de inteligencia para descubrirlos. Por estos argumentos, la Sala establece que, el fallo de mayoría de consulta es adecuado a derecho, por encontrarse debidamente motivada, conforme lo exige el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998 y actualmente en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Carta Magna vigente.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo y en consecuencia, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes Andrés Mendoza Sánchez, Carlos Mendoza Sánchez y Fausto Tomás Troya.- Notifíquese y devuélvase. (...)"

## 4.2. EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### 4.2.1. RESOLUCIÓN N°: 0015-2010

**JUICIO N°:** 0491-2006

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 11 de enero de 2010; las 15h45

**ASUNTO:** Destitución

**ACTOR (ES):** Pazmiño Bolaños Carlos Mauricio

**DEMANDADO (S):** Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE) (Recurrente)

#### Sentencia:

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor	LA MOTIVACIÓN EN LAS RESOLUCIONES DE DESTITUCIÓN
(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Aunque no existe un formato para expedir una resolución de destitución, inclusive, se ha aceptado al sumario administrativo legalmente practicado, como fundamento fáctico, y a la acción de personal con la sola mención de las normas jurídicas, como fundamento legal aplicable a los antecedentes de hecho establecidos en el sumario.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p><i>“CUARTO: Revisada la resolución que aparece tanto del sumario administrativo que sí ha sido remitido por la Institución demandada, en copia certificada, como aparece del expediente con el título “JUICIO N° 9656-CSA- Econ. Carlos Pazmiño Bolaños 491-06 SCACS”, como del proceso, fojas 155 a 157, puede constatar que contiene los antecedentes de hecho en la constatación de varias faltas cometidas y las normas jurídicas, entre ellas, las de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa como el Art. 114, letra a), entre otras en las que se fundamenta la destitución. En más de una ocasión se ha señalado que no existe un formato para dictar una resolución de destitución, inclusive se ha aceptado el contenido del sumario administrativo como antecedente de hecho y en la acción de personal se han mencionado únicamente las normas jurídicas, siempre que dicho sumario haya sido legalmente ventilado, situación que en el caso no se ha cuestionado menos impugnado. Por lo manifestado, el Tribunal a quo efectivamente ha hecho una errónea interpretación del numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998. Por estas consideraciones. <b>ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA</b>, se acepta el recurso de casación y se rechaza la demanda. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese”</i></p>

**4.2.2. RESOLUCIÓN N°: 0019-2010**

**JUICIO N°: 0334-2006**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 15 de enero de 2010; las 10h30

**ASUNTO:** Remoción de funciones de Secretario del Comité de Consultoría

**ACTOR (ES):** Borrero Carlos Leonardo

**DEMANDADO (S):** Comité de Consultoría

**Sentencia**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor	LA OMISIÓN DE SOLEMNIDAD SUSTANCIAL CONLLEVA NULIDAD PROCESAL
<b>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</b>	La falta de citación al titular de un organismo adscrito a la Presidencia de la República que carece de personería jurídica y al Procurador General del Estado que es el representante judicial del Estado y sus instituciones constituyen omisión de solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, por lo que configuran el presupuesto establecido en el número 2 del artículo 3 de la Ley de Casación.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p><i>“CUARTO.- Estas afirmaciones llevan a la Sala a analizar y determinar jurídicamente qué es el COMITÉ DE CONSULTORIAS”, ¿acaso una institución con personalidad jurídica o una dependencia del Ejecutivo,? premisa que permitirá determinar si en el juicio ha existido o no ilegitimidad de personería. Al expedirse la Ley de Consultoría, en su artículo 30 (hoy 31) se crea dicho Organismo, al decir: “Créase por la presente Ley, el Comité de Consultoría, como el organismo encargado de establecer las políticas para el desenvolvimiento, desarrollo y promoción de la consultoría nacional.” Luego el artículo 31 (32) da la conformación es decir qué funcionarios públicos y privados lo integran. En ninguna parte de la ley aparece que el Comité de Consultoría tiene persona jurídica, es simplemente un ente administrativo, cuyas finalidades aparecen de la disposición contenida en el artículo 33 actual de la Ley de Consultoría. Al no concederle la ley personalidad jurídica, es obvio que tampoco le da un representante legal, apareciendo al final del artículo 32 simplemente que: “El Secretario del Comité de Consultoría será designado por el Comité, fuera de su seno, de una terna que presentará para el efecto el Presidente mismo”. Es el Decreto Ejecutivo 590 B publicado en el Reg. Of. N° 136 de 25 de febrero de 1999 el que, en primer lugar, declara que “El Comité de Consultoría será un órgano adscrito a la Presidencia de la República, descentralizado administrativa y financieramente”, luego en el Art. 2, determina las funciones y atribuciones del Secretario del Comité de Consultoría, cuyo literal b) dice: “Representar a la Secretaria Técnica en todo asunto judicial y extrajudicial, teniendo la facultad de comparecer en juicio como actor o como demandado, pudiendo someter los asuntos a la jurisdicción ordinaria o a los mecanismos alternativos de solución”, facultad que no nace de la ley, ni le convierte en representante legal de un Organismo que carece de personería jurídica, sino que recibe una delegación del Presidente de la República toda vez que el Comité de Consultoría está adscrito a la Presidencia de la República. No teniendo personería jurídica, corresponde establecer a quien corresponde la representación del Estado y su defensa en el presente juicio cuya demanda fue planteada ante la Junta de Reclamaciones. Al respecto, el Reglamento de la Junta de Reclamaciones en su artículo 37 prescribía que</i></p>

	<p><i>“En todo lo no previsto en el capítulo V de este Reglamento se estará a lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil”; por tanto es necesario acudir a dichos cuerpos legales para establecer a quien corresponde tal defensa, encontrando en la primera que el Art. 28 prescribe: “la representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso administrativo, será ejercida de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado” ley que fue denegada por la Ley Orgánica del Ministerio Público y ésta, posteriormente sustituida por la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en las cuales correspondía y correspóndele ejercer la representación judicial y la defensa del Estado y sus instituciones, como el Comité de Consultoría, al Procurador General del Estado; es más, el Artículo 33 de la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, inciso segundo, vuelve a ratificar esta facultad al prescribir que “Si el acto administrativo proviniera del Ejecutivo, o si, en general, la acción se propusiere contra el Estado o sus instituciones, la demanda se citará al Procurador General del Estado”. En el caso, dicho funcionario no ha sido citado, razón por la cual no pudo defender los intereses del Estado o de su institución, el Comité de Consultoría. Es más, ni siquiera fue citado el Secretario de dicho Comité, que si bien, no tiene la representación legal de tal Organismo, pues se ha dicho hasta la saciedad que carece de personería jurídica, si tiene la delegación del Presidente de la República para comparecer en juicio como actor o como demandado. Por lo manifestado, efectivamente existe ilegitimidad de personería como lo denuncia el recurrente. <b>QUINTO.-</b> Ahora bien, conforme lo establece el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, se trata de una solemnidad sustancial, cuya omisión trae como consecuencia la nulidad del proceso, la misma que debe ser declarada de oficio como lo prescribe el Art. 349 (ibídem) es decir aunque las partes no hubieren alegado. Sin más consideraciones. <b>ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA;</b> se declara la nulidad del proceso desde la demanda. Sin Costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-”</i></p>
--	--

**4.2.3. RESOLUCIÓN N°: 0030-2010**

**JUICIO N°: 0409-2006**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 19 de enero de 2010; las 11h00

**ASUNTO:** Impugnación de glosa de Contraloría

**ACTOR (ES):** Saavedra Segundo Leovigildo (Recurrente)

**DEMANDADO (S):** Contralor General del Estado

**Sentencia:**

<p><b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor</p>	<p>IMPUGNACIÓN DE GLOSAS POR FALTA DE COMPETENCIA COMPETENCIA PARA ESTABLECER RESPONSABILIDADES DELEGACIÓN DE FIRMAS PARA SUSCRIBIR DOCUMENTOS QUE ESTABLECEN RESPONSABILIDADES</p>
--	---

<p><b>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</b></p>	<p>No puede alegarse incompetencia de los funcionarios de la Contraloría General del Estado para establecer responsabilidades y emitir y suscribir los correspondientes glosas y títulos de crédito, ya que actúan debidamente facultados para el efecto por el titular de la institución en virtud del “Reglamento de Delegación de Firmas para documentos oficiales de la Contraloría General del Estado”, expedido con fundamento en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la propia Contraloría. (antes Art. 314 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC)</p>
<p><b>EXTRACTO DEL FALLO:</b></p>	<p><i>“CUARTO.- El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se refiere a la nulidad de una resolución o de un procedimiento y dice: “Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La competencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.- b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento de acuerdo con la Ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”. El recurrente acusa de falta de aplicación de los dos incisos del mencionado artículo 59, como aparece del numeral primero del acápite IV del escrito que contiene el recurso, por tanto corresponde analizar si el Tribunal de instancia tenía o no la obligación de tomar en cuenta y aplicar la norma de derecho aludida en sus dos literales. Al fundamentar el recurso el actor expresa que hubo incompetencia por parte del funcionario de Contraloría General del Estado para emitir las glosas y títulos de crédito, así, en el segundo párrafo del literal b) del numeral primero del acápite cuarto del recurso dice: “...he impugnado y he alegado la falta de competencia de los Doctores: Mauricio Torres Trujillo, Fernando Bohorquez Castillo y Hugo Espinoza Ramírez, los mismos que a pesar de haber emitido y firmado a nombre del Contralor General del Estado las injustas, ilegales e inconstitucionales, Glosa N° 7703, Resolución N° 5822 y oficio N° 055405 DIRESR, en el que se me niega el Recurso de Revisión, NUNCA PRESENTARON, legítimo poder, ni delegación que legalice sus actuaciones, por tanto los actos emanados y firmados por estos funcionarios en mi contra, son nulos y de nulidad absoluta de acuerdo al mandato del numeral 2 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”. Revisados los documentos que obran del proceso, efectivamente ninguno es suscrito por el Contralor General del Estado, a los que se refiere el recurrente, sino que están firmados por varios funcionarios, como el doctor Mauricio Torres Trujillo como “Jefe de Determinación de Responsabilidades”, por el doctor Fernando Bohórquez Castillo, en calidad de “Jefe de Resoluciones”, nuevamente por el doctor Mauricio Torres Trujillo, como “Director de Responsabilidades”e”, y por el doctor Hugo Espinosa Ramírez, en calidad de “Director de Responsabilidades”, documentos en los que se establece la responsabilidad y la glosa, materia del juicio contencioso administrativo. Ahora bien, tales funcionarios no firman simplemente por estar desempeñando el cargo que ostentan en la Contraloría, sino que están facultados por el Contralor General del Estado como aparece del “Reglamento de Delegación de Firmas para Documentos oficiales de la Contraloría General del Estado”, dictado por el propio Contralor con fundamento en el Art. 314 vigente en ese entonces de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, hoy por el Art. 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por el cual, el Contralor delega funciones al Director de Responsabili-</i></p>

	<p>dades, como aparece del Art. 9, al Jefe de Determinación de Responsabilidades, Art. 11, al Jefe de Resoluciones, Art. 12 del Reglamento de Delegación de Firmas, Por tanto los funcionarios a los que acusa el recurrente que han actuado sin competencia, lo han hecho en uso de la delegación conferida por el propio Contralor del Estado.”</p>
--	---

**4.2.4. RESOLUCIÓN N°: 0087-2010**

**JUICIO N°: 0367-2007**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 17 de marzo de 2010; las 11h30

**ASUNTO:** Pago por reajuste de precios en contrato de prestación de Servicios de Seguridad Física Permanente

**ACTOR (ES):** Andrade Martínez José Joaquín, AMBASEG CIA. LTDA.

**DEMANDADO (S):** Gerente General de Autoridad Portuaria de Manta Procurador General del Estado (Recurrente)

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor	PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS
<b>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</b>	<p>Las acciones derivadas de los contratos prescriben en el plazo de cinco años, de conformidad con el artículo 109 de la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha de presentación de la demanda; Ley que, al efecto, se remite al tiempo establecido en el artículo 2439 (actual 2415) del Código Civil para las acciones ejecutivas.</p> <p>La causal primera del artículo 3 de la ley de Casación protege la ley sustantiva, por lo que resulta impropio sustentar la denuncia en esa causal al tratarse de impugnación relativa a la valoración de la prueba o al quebrantamiento de normas adjetivas o de procedimiento.</p>
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p><b>“QUINTO.-</b> Toca a la Sala examinar prioritariamente la impugnación sobre la falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fundamentando la cual el recurrente manifiesta que la afirmación contenida en el considerando séptimo de la sentencia recurrida, en el sentido de que no ha operado la prescripción de la acción, “falta a la verdad, ya que desde la fecha de notificación de la resolución contenida en el Oficio número 1462 de 5 de diciembre de 2005... hasta la fecha de presentación de la demanda han transcurrido más de cien días”; observando al respecto que el inciso primero del artículo 109 de la Ley de Contratación Pública, vigente ya a la fecha de presentación de la demanda, expresa que, “de surgir controversias en que las partes... decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo” y, “en cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutivas”, y que, a su vez, la norma últimamente indicada, que hoy corresponde al artículo 2415, señala que “este tiempo es, en general, de <b>cinco años para las acciones ejecutivas</b>”. Por lo mismo, no existe falta de aplicación de dicho artículo 65; y la tacha resulta improcedente, pues no ha</p>

	<p><i>decurrido el plazo de cinco años previsto en la ley para la prescripción de la acción. <b>SEXTO.</b>- En cuanto a la alegación de que existe falta de aplicación de los artículos 89, inciso tercero, 91 y 93 del Reglamento General a la Ley de Contratación Pública, el impugnante la fundamenta manifestando concretamente que queda claro que la sentencia incurre en una falta de aplicación de las normas citadas, y que “esa falta de aplicación de la norma reglamentaria citada lleva al juzgador a no entender la razón de las pruebas aportadas en el proceso... que llevan a demostrar de manera inobjetable que APM ha venido cancelando mediante planillas mensuales a la empresa reclamante, Ambaseg Cía. Ltda., por el servicio de cada guardia de seguridad, el valor de USD 330”. La impugnación, en la forma que ha sido formulada, implica atribuir a la sentencia indebida valoración de la prueba; aspecto que resulta impropio para apoyarlo, como lo ha hecho el recurrente, en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, porque, protegiendo como protege esta causal la ley sustantiva, no son aspectos procesales los que deben invocarse para fundamentarla y son otras las causales referentes al quebrantamiento de normas adjetivas o de procedimiento; por lo que el cargo realizado en tal sentido carece de sustentación legal; más todavía cuando, del texto de las consideraciones quinta y novena del fallo recurrido, se desprende que el Tribunal inferior basa su resolución en la disposición contenida, entre otros de la normatividad pertinente, en el artículo 91 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública, señalado como no aplicado por el juzgador de origen.”</i></p>
--	---

**4.2.5. RESOLUCIÓN N°: 0102-2010**

**JUICIO N°:** 0224-2009

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

**ASUNTO:** Remoción de funciones (Registrador de la Propiedad del cantón Lago Agrio)

**ACTOR (ES):** Ávila Cartagena Servio Tulio (Recurrente)

**DEMANDADO (S):** Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor	<p>COMPETENCIA PARA CONOCER DEMANDAS CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA</p> <p>RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DE 3 DE FEBRERO DE 2012, R.O. 149, DE 12 DE MARZO DEL MISMO AÑO</p> <p>DESTITUCIÓN Y REMOCIÓN DE EMPLEADOS JUDICIALES</p>
<b>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</b>	<p>De conformidad con la Resolución expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 3 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 149 de 12 de marzo del mismo año, los procesos iniciados con posterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial -9 de marzo de 2009- que se encuentren en trámite en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia deben remitirse al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente (el del domicilio del administrado) para que continúe con la sustanciación en el estado en que se encuentre, sin que ello sea motivo para declarar la nulidad procesal.</p>

<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>“CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 7 de abril de 2010.- Las 16h25.- VISTOS: (224-2009) .....- Ante el conflicto suscitado, los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia han solicitado al Pleno de la Corte Nacional de Justicia que dicte la correspondiente Resolución Generalmente Obligatoria que subsane las dudas surgidas a este respecto y, atenta la facultad otorgada en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el número 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial que prescribe que “ Corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia “Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial”, este órgano judicial ha emitido la Resolución de 3 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 149, de 12 de marzo del año en curso, que establece la COMPETENCIA PARA CONOCER DEMANDAS CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA y dispone que los actuales tribunales distritales de lo contencioso administrativo son competentes para tramitar y resolver las demandas contra los actos administrativos y resoluciones expedidos por el Consejo de la Judicatura, el Pleno de ese Consejo, las Comisiones Especializadas, el Director General y los Directores Provinciales propuestas a partir de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, hasta que se conformen las Salas especializadas de lo contencioso administrativo de las Cortes Provinciales; y, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, para conocer el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Casación. En lo que concierne a las demandas por separación, por incapacidad e inhabilidad y por sanciones disciplinarias de destitución y remoción de los servidores públicos, resueltas por el Consejo de la Judicatura e iniciadas antes de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial cuya competencia se hubiere radicado en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, continuarán en su conocimiento de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda del mismo Código Orgánico; y, los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia, que se hallan en trámite en esta misma Sala, se remitirán al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente para que continúen sustanciándose en el estado en que se encuentren, sin que en ningún caso, el cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna.- El actor de la causa doctor Servio Tulio Ávila Cartagena ha presentado su demanda el 21 de abril de 2009, esto es, con posterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial que empezó a regir el 9 de marzo del mismo año, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la Resolución Generalmente Obligatoria de la referencia, el proceso debe remitirse al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente que, en el presente caso, es el de Quito, pues el accionante en el libelo que obra de fojas 9 a 17 de los autos, ha señalado que se encuentra domiciliado en esta ciudad. Por tales consideraciones y en concordancia con el artículo 1 de la Ley N° 56 publicada en el Registro Oficial N° 483, de 28 de diciembre de 2001 (sustitutivo del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado) que establece que, “El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio”, remítase el expediente al Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito para que continúe con la sustanciación de la causa, en los términos de la Resolución Generalmente Obligatoria antes mencionada. Notifíquese y remítase.”</p>
----------------------------	---

### 4.3. EN MATERIA DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

**4.3.1. RESOLUCIÓN N°: 010-2012**

**JUICIO N°: 0050-2012**

**PROCEDENCIA:** Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 20 de Marzo de 2012

**ASUNTO:** Declaración de paternidad post mortem

**ACTOR (ES):** NARANJO GRACIELA DEL CARMEN (**Recurso: Casación**)

**DEMANDADO (S):** ZAPATA BETANCOURT AURA ELIZABETH (**Recurso: Casación**) / ZAPATA BETANCOURT LUPE DEL ROCÍO (**Recurso: Casación**) / HEREDEROS PRESUNTOS Y DESCONOCIDOS DE CRISTÓBAL ZAPATA REGALADO

**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptores)	FALTA DE EXAMEN DE ADN NO OBSTA PARA DECLARAR PATERNIDAD NOTORIA / PATERNIDAD SIN ADN CAUSA COSA JUZGADA FORMAL
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. PATERNIDAD / EXAMEN ADN / COSA JUZGADA FORMAL / RECONOCIMIENTO PÚBLICO / ESTADO NOTORIO DE HIJO (1) 2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD (2)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. La falta de prueba de ADN no obsta para que se declare judicialmente la paternidad, pues la posesión notaria del estado de hijo suficientemente probada en autos, con la que se llegue a la certeza de que efectivamente es hijo de tal persona por el reconocimiento de hecho público realizado, da lugar a tal declaratoria, con la diferencia que si no hay prueba de ADN la resolución sólo causa cosa juzgada formal. 2. El Derecho a la identidad va más allá de tener un nombre y apellido, es un derecho personalísimo, intrínseco del ser humano, que garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, de quienes fueron sus padres, su país o ciudad de nacimiento, y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo y que a partir de ese conocimiento pueda desarrollarse social, cultural, afectiva y espiritualmente.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(…) La accionante en su escrito de demanda señala que fue notoriamente conocido que su padre es el señor Cristóbal Zapata Regalado, quien mientras vivió la reconoció como su hija, apoyándola económicamente y que después de su fallecimiento sus herederas, Aura Elizabeth y Lupe del Rocío Zapata Betancourt, le han reconocido y tratado como sus hermanas de padre, y han sido ellas y la familia quienes siempre le han sustentado económica y afectivamente, afirmaciones que no fueron impugnadas por las demandadas que comparecieron a juicio, luego de haberse citado en legal y debida forma tanto a los herederos presuntos y desconocidos como a los herederos conocidos del señor Cristóbal Zapata Regalado, quienes por el contrario se allanaron a los términos de la demanda, y, en más de una oportunidad, hacen suya la pretensión de la parte actora, como cuando recurren en casación arguyendo que sus derechos también han sido lesionados al no reconocer los nexos de filiación que con ella les une. Al respecto, el Dr. José García Falconí con

acuerdo dice que se trata de: "...un derecho a ser reconocido en 'su peculiar realidad', con los atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo; de tal manera que el campo del Derecho a la Identidad es amplio, pues va más allá de conocer su procedencia genética, va a la personalidad individual en el sentido social y psíquico, inclusive se refiere a los modos de ser culturales de cada uno.- Como lo señaló un Tribunal Italiano en 1987 se trata de 'la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional etc.; que tiene una persona en el ambiente social'.- El Estado está en la obligación de garantizar a toda persona el ejercicio pleno de este derecho personalísimo e intrínseco que no se dirige únicamente a ampararle en el ámbito patrimonial, sino que supone el desarrollo de su personalidad y de sus relaciones familiares, afectivas y sociales."- En consecuencia, a pesar de no existir una prueba concluyente como la de ADN con respecto a la persona cuya paternidad se demanda ni aun de sus familiares, es necesario considerar lo prescrito por el Art. 713 del Código de Procedimiento Civil que dice: "La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento, y presentándole con este carácter a sus deudos y amigos, y que en éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como hijo de tales padres.", lo que se encuentra probado en el juicio, ya que a pesar de haber fallecido el supuesto padre el 4 de septiembre de 1952, conforme la partida de defunción que consta agregada a los autos a fs. 4 del cuaderno de primera instancia, en tanto que la recurrente nació el 21 de septiembre de 1949, según la partida de nacimiento de fs. 3 ibídem, se entiende que la accionante fue reconocida, tratada y presentada como hija a sus deudos y amigos durante esos tres años, al extremo de que las demandadas, la tienen por hermana, profesando hacia ella amor filial, nacido sin duda de la convivencia y la familiaridad, sin que se haya desvirtuado la afirmación de que durante ese lapso de tiempo fue el supuesto padre quien proveyó a su educación y establecimiento. Por otra parte, la falta del examen de ADN como prueba concluyente de paternidad, no obsta para la declaración judicial de paternidad, por cuanto la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido que. "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, 3era. Ed., p. 416). La característica tipificante de la cosa juzgada formal es la inimpugnabilidad; pero carece de otra, la de su inmutabilidad, que es en cambio la característica tipificante de la cosa juzgada material o sustancial. 'La cosa juzgada formal es eficaz, tan sólo, con relación al juicio concreto en que se ha producido o con relación al

	<p>estado de cosas (personas, objeto, causa) tenido en cuenta al decidir' (Couture, Ob. Cit. P. 417) 'Existe, en cambio, cosa juzgada sustancial, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aún en otro juicio posterior' (Couture E., Ob. Cit. P. 418)". (...)”</p> <p>“(…) De la simple lectura del fallo recurrido se desprende que el Tribunal Ad quem, en el considerando primero, apenas hace una simple alusión al derecho consagrado en el Art. 66 numeral 28 de la Constitución de la República (anterior 23 numeral 24), señalando que garantiza el “derecho a la identidad personal que incluye tener un nombre y apellido debidamente registrados.” Al respecto, el Tribunal considera que el derecho a la identidad, consagrado en la norma suprema y alegado por la recurrente al formular su demanda se refiere, en la especie, no solo al hecho de tener un nombre y apellido debidamente registrados, ya que concebir este derecho de un modo tan lato empobrece el alcance y las connotaciones que posee. En su sentido más amplio, el derecho a la identidad, es un derecho personalísimo, intrínseco del ser humano, que garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, de quienes fueron sus padres, su país o ciudad de nacimiento, y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo; busca anclar al ser humano con sus antecedentes, con su procedencia y con sus nexos familiares, en aras de que pueda alcanzar su desarrollo social, cultural, afectivo, espiritual, etc.- (...)”</p>
--	--

**4.3.2. RESOLUCIÓN N°: 009-2012**

**JUICIO N°: 0002-2012**

**PROCEDENCIA:** Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 20 de Marzo de 2012

**ASUNTO:** Incidente de extinción de pensión alimenticia

**ACTOR (ES):** CERVANTES CÉSAR ABDÓN

**DEMANDADO (S):** CERVANTES VELÁSQUEZ PAULO ALEXANDER (**Recurso de Casación**)

**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptores)	CAUSA PARA LA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS / EDAD Y CONDICIONES PARA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS / CONDICIONES PARA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS / ENTINCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. EXTINCIÓN / ALIMENTOS / CAUSA / EDAD LÍMITE / EDAD / CONDICIONES (1)</li> <li>2. MEDIOS PROBATORIOS / LIBRE CONVICCIÓN / LIBRE ELECCIÓN / PRUEBA (2)</li> </ol>
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La edad máxima que contempla la ley para ejercer o mantener el derecho de alimentos es cuando el alimentario ha cumplido 21 años de edad y es una persona en condiciones físicas y mentales que le permitan procurarse medios suficientes para subsistir por si mismo.</li> <li>2. El juez puede fundarse libremente para su decisión en cualquier medio probatorio aportado por las partes pero debe necesariamente indicar en la motivación las circunstancias o razones que llevaron a su convencimiento.</li> </ol>

<p><b>EXTRACTO DEL FALLO:</b></p>	<p>“(...) sin embargo de lo cual, este Tribunal considera que el Código de la Niñez y Adolescencia vigente a la época, coherente con los Tratados que sobre Derechos Humanos ha suscrito el país, los que han sido consagrados en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, prescribe, en el Art. 102: “Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código: (...) 2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básicos y medio”.; en tanto que, el Art.128 del Código de la Niñez y Adolescencia, define los titulares del derecho de alimentos y en el numeral 2 se refiere expresamente a “...los adultos hasta la edad de 21 años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes”; mientras que por otra parte el artículo 147 del mencionado cuerpo legal dice: “El derecho para reclamar y percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas: (...) 3. Por haber cumplido dieciocho o veintiún años de edad el titular del derecho”, (el subrayado corresponde a la Sala); en la especie, el alimentario si bien ha justificado encontrarse cursando estudios en la Escuela Politécnica Nacional, en la carrera de Ingeniería Electrónica y Redes de Información, según la partida de nacimiento que obra a fs. 2 de los autos nació el 14 de junio de 1984, por lo que para la época en que su progenitor presentó la demanda de incidente de extinción y suspensión definitiva de la pensión de alimentos, 6 de octubre del 2005, ya había cumplido los veintiún años, edad que la Ley fija como límite máximo para ejercer y/o mantener su derecho a percibir una pensión de alimentos, en tanto se trate de una persona en condiciones físicas y mentales que le permitan procurarse los medios suficientes para subsistir por sí mismo, como ocurre en el presente caso, en el que no se ha demostrado lo contrario. (...)”</p>
-----------------------------------	---

**4.3.3. RESOLUCIÓN N°: 008-2012**

**JUICIO N°: 0052-2012**

**PROCEDENCIA:** Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 19 de Marzo de 2012

**ASUNTO:** Divorcio

**ACTOR (ES):** ORBE TERÁN MILCO ALFREDO

**DEMANDADO (S):** MARTÍNEZ PÉREZ MARÍA ALBA (**Recurso de Casación**)

**Sentencia:**

<p><b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptores)</p>	<p>REQUISITOS PARA QUE UN FALLO SEA MOTIVADO / MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES / CARACTERÍSTICAS DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES</p>
<p><b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)</p>	<p>1. MOTIVACIÓN / REQUISITOS / ESTRUCTURA LÓGICA / EXPOSITIVA / CONSIDERATIVA / RESOLUTIVA (1) 2. MOTIVACIÓN / CONTENIDO / ANÁLISIS (2)</p>

<p><b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)</p>	<p>1. Para que un fallo sea debidamente motivado debe tener una estructura lógica, parte expositiva, considerativa y resolutive que enuncie las normas en que se funda y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.</p> <p>2. Cuando en el recurso de casación se alega la falta de motivación de la resolución impugnada, el tribunal debe examinar si ésta existe o no de acuerdo a los requisitos formales, pero no es competente para analizar el contenido de dicha motivación por el principio de independencia interna de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional consagrado en el numeral 1 del artículo 168 de la Constitución de la República.</p>
<p><b>EXTRACTO DEL FALLO:</b></p>	<p>“(…) PRIMER CARGO: Por principio de supremacía constitucional establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución, corresponde analizar en primer lugar el cargo por violación constitucional. La recurrente explica que se ha violentado el literal l), numeral 7, Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que en forma clara e imperativa determina: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”; al efecto, señala que el fallo recurrido se limita “...a confirmar la sentencia del inferior con infracción del Art. 276 del Código de Procedimiento Civil pues no se expresan los fundamentos o motivos jurídicos de la decisión, inclusive basándose en una parte de la confesión rendida por la compareciente, a pesar de que dicha confesión es indivisible violentando lo dispuesto por el Art. 76 numeral 7, literal l) y por ende el Art. 172 de la Constitución...”, y adicionalmente denuncia el quebranto de las normas contenidas en los artículos 424, 425, 426, 427 de la Constitución. Al respecto el Tribunal de Casación observa que el fallo impugnado tiene estructura lógica, parte expositiva, considerativa y resolutive, dividido en cinco considerandos y resolución, que enuncia las normas en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que es un fallo motivado. (...)”No corresponde a la Sala analizar el contenido de la motivación, pues según el Art. 168, numeral 1 ibid, que dice: “[Principios].- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.”, los jueces son independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Por esta razón no se aceptan los cargos por inconstitucionalidad alegados por la recurrente. (...)”</p>

**4.3.4. RESOLUCIÓN N°: 005-2012****JUICIO N°: 0033-2012****PROCEDENCIA:** Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012)**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 14 de Marzo de 2012**ASUNTO:** Declaración de Unión de Hecho**ACTOR (ES):** AVILÉS CASTILLO ENMA**DEMANDADO (S):** TOBAR HIDALGO WILSON**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptores)	NULIDAD / VIOLACIÓN DE TRÁMITE / DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. CASO EN QUE LA VIOLACIÓN DE TRÁMITE PRODUCE NULIDAD / NULIDAD POR VIOLACIÓN DE TRÁMITE / NULIDAD POR VIOLACIÓN DE TRÁMITE EN DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO (1)</li> <li>2. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA NECESARIO PARA LA NULIDAD PROCESAL / REQUISITO DE TRASCENDENCIA EN LA VIOLACIÓN DE TRÁMITE / LA VIOLACIÓN DE TRÁMITE PRODUCE NULIDAD POR INDEFENSIÓN (2)</li> </ol>
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuando un proceso debía sustanciarse por la vía ordinaria en la que el juez "dice el derecho", como es el caso de la declaración de unión de hecho, y se sustancia por una vía abreviada, podría ocasionar indefensión de las partes o podría influir en la decisión de la causa, por lo que se debe declarar la nulidad. Caso contrario, si un proceso debe sustanciarse en vía abreviada y se escoge la ordinaria no se produce la nulidad porque las partes pueden defenderse en forma amplia.</li> <li>2. Para declarar la nulidad del proceso por violación de trámite debe cumplir el requisito de trascendencia, es decir dicha nulidad debe influir en la decisión de la causa porque ha causado indefensión a las partes. La indefensión sucede cuando debiendo seguirse un juicio por la vía ordinaria o de lato conocimiento se sigue en una vía abreviada, pero no sucede cuando debiendo seguirse en una vía abreviada se siga en una de lato conocimiento porque puede defenderse de manera más amplia.</li> </ol>
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>"(...) 5.5. Los trámites que deben darse a los juicios están determinados por la ley y el Juez debe velar para que se siga por la vía señalada a fin de que no se perjudique a la parte provocando indefensión. Al respecto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, ha señalado: "...Se debe tomar siempre en cuenta que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí sí se podría estar provocando indefensión de las partes o podría influir en la decisión de la causa; pero que no habría violación al derecho de defensa si, debiéndose sustanciar una pretensión en un proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia". 5.6. El trámite abreviado dado a la causa contraviene el derecho de defensa de los sujetos procesales, pues al tratarse de declaración de la existencia de unión de hecho, debió procesarse la pretensión en juicio de lato conocimiento, en el que el juez "dice el derecho". (...)"</p>

“(...) 5.1. “La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y, los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiera influir en la decisión de la causa”, prevé el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil. Esa violación de trámite dice relación con la infracción del derecho positivo y que exige su cumplimiento forzoso, pues que se lo ha de entender precisamente como “...infracción, quebrantamiento o transgresión de ley o mandato” (G. Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. IV, p. 383, Ed. Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1979), entendido como el quebrantamiento del procedimiento por la vía que se debe observar para la presentación de la pretensión jurídica que habrá de ser resuelta por el órgano jurisdiccional, con la consecuencia que determina el precepto citado. La pretensión de darle un trámite específico a la demanda, constituye presupuesto de forma que, al ser defectuosa, esto es, no corresponder a la vía adecuada sino a otra diferente a la señalada por la ley, produce un defecto en la constitución de la relación procesal que, siendo de tal naturaleza grave, genera el efecto de la nulidad del proceso. 5.2. El presupuesto procesal: vía o procedimiento específico determinado por la ley, establece que la relación procesal, regularmente constituida, se desarrolle de forma válida y eficaz desde que las normas procesales son normas medios para la aplicación o realización de las normas sustantivas y, son normas instrumentales en cuanto sirven de instrumento para la realización del derecho en el caso concreto. La violación del trámite en cuanto “Cada una de las diligencias y todas ellas consideradas como requisitos formales del procedimiento, que la ley impone para resolver en causa civil, penal, o de otra jurisdicción” (G. Cabanellas Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. VIII, p. 162, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979), anula el proceso cuando, específicamente, esas diligencias se han apartado de la sustanciación que le corresponde en atención a la naturaleza de la causa. “Anula el proceso” señala como efecto trascendental el precepto legal, es decir de toda la relación procesal por violación del presupuesto en comentario. Tal nulidad se supedita al hecho de que el quebranto de la vía o de trámite dado a la causa sea factor determinante en la decisión, esto es que, por el principio de trascendencia, haya causado indefensión. (...) 5.5. Los trámites que deben darse a los juicios están determinados por la ley y el Juez debe velar para que se siga por la vía señalada a fin de que no se perjudique a la parte provocando indefensión. Al respecto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, ha señalado: “...Se debe tomar siempre en cuenta que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí sí se podría estar provocando indefensión de las partes o podría influir en la decisión de la causa; pero que no habría violación al derecho de defensa si, debiéndose sustanciar una pretensión en un proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia”. (...)”

**4.3.5. RESOLUCIÓN N°: 002-2012****JUICIO N°: 0010-2012****PROCEDENCIA:** Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012)**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 2 de Marzo de 2012**ASUNTO:** Incidente de aumento de pensión alimenticia**ACTOR (ES):** REGALADO BERMEO DIEGO**DEMANDADO (S):** REGALADO ROSALES SEVERO**Sentencia:**

<b>ÁMBITO JURÍDICO:</b> (Descriptor)	VIOLACIÓN DE TRÁMITE / NULIDAD / INCIDENTE DE AUMENTO DE PENSIÓN ALIMENTICIA / TRÁMITE A SEGUIRSE
<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. NULIDAD POR VIOLACIÓN DE TRÁMITE / VIOLACIÓN DE TRÁMITE EN INCIDENTE DE AUMENTO DE PENSIÓN / TRÁMITE A SEGUIRSE EN UN INCIDENTE DE AUMENTO DE PENSIÓN (1)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. El incidente de aumento de pensión debe seguirse en el mismo trámite y ante el mismo juez que la inició, así, un incidente propuesto dentro de un juicio de divorcio se tramitará dentro de éste y con su trámite propio y no el trámite oral establecido en el art. 278 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues si ocurre esto se produce nulidad por violación de trámite.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(…)QUINTA: El Art. 278 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el que el recurrente fundamenta el auto con el que admite al trámite oral el incidente de aumento de pensión de alimentos en su tenor literal dice: “A petición de parte interesada y escuchada la parte contraria, el Juez podrá modificar en cualquier tiempo lo resuelto, de conformidad con el artículo anterior, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo presente para emitirla”, contempla la posibilidad de modificar lo decidido dentro de un proceso iniciado, tramitado y resuelto conforme lo dispuesto por la Sección Segunda del Capítulo IV del Título X del Libro Tercero del Código de la Niñez y Adolescencia, que nada tiene que ver con el juicio verbal sumario de divorcio dentro del cual se ha presentado el incidente de alza de pensión de alimentos que nos ocupa, el que por mandato expreso del tantas veces citado Art. 108, numeral 6 del Código Civil debe observar una “tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva”; sin que entonces quede a su discrecionalidad dar un trámite distinto al que se halla previsto en la Ley; más aún si se considera que a esa fecha las normas del Código de la Niñez y Adolescencia eran de competencia privativa de los jueces especializados en esta materia.- SEXTA: Siendo deber primordial del Estado y de todas sus instituciones precautelarse los derechos de las niñas, niños y adolescentes, grupo de atención prioritaria, el órgano de administración de justicia está obligado a garantizar su pleno ejercicio, velando por la seguridad jurídica, y la validez procesal, que podría verse vulnerada por que sin motivación se ha cambiado el trámite de la demanda; omitiendo además el señor Juez de la causa al dictar sus providencias, las formalidades a las que se refiere el Art. 287 del Código de Procedimiento Civil, lo que puede afectar el derecho de las partes e influir en la decisión de la causa. (...)”

## 4.4. EN MATERIA CIVIL

### 4.4.1. RESOLUCIÓN N°: 0172-2009

**JUICIO N°:** 0223-2009

**PROCEDENCIA:** Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 28 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Cobro de letra de cambio

**ACTOR (ES):** JIJÓN FRANCO JAIME ENRIQUE

**DEMANDADO (S):** PLACENCIA CAMACHO GALO PATRICIO (**Recurso: Hecho**)

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. EN EL JUICIO EJECUTIVO BASADO EN LETRA DE CAMBIO NO PROCEDE RECURSO DE CASACIÓN (1)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. La letra de cambio reconoce per se un derecho a recibir dinero porque tiene una obligación de dar, por lo tanto, los juicios ejecutivos basados en este documento mercantil no son susceptibles del recurso de casación.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(…) En síntesis, cuanto más que se basa la acción deducida en una Letra de Cambio, documento mercantil, que a diferencia de otros títulos ejecutivos sin intervención previa de un órgano jurisdiccional, consagran o reconocen un derecho, a recibir dinero, como es en la obligación de dar. Por lo expuesto, al tenor del primer inciso del artículo 2 en concordancia con el artículo 9 de la Codificación de la Ley de materia, se rechaza el recurso de hecho pues, el de casación, carece del requisito de procedencia y se ordena devolver el proceso al inferior. (...)”

### 4.4.2. RESOLUCIÓN N°: 0174-2009

**JUICIO N°:** 0292-2009

**PROCEDENCIA:** Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 28 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Nulidad absoluta de contrato

**ACTOR (ES):** FRANCO MORA FRANKLIN (**Recurso: Hecho**) / FRANCO MORA ROBERTO INOCENCIO (**Recurso: Hecho**)

**DEMANDADO (S):** QUIMI FRANCO IVONNE DENSE / QUIMI FRANCO JOSÉ GIOVANNY / QUIMI FRANCO WENDY PAOLA / QUIMI FRANCO JHONNY JAMIL

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. CUANDO UN AUTO DE NULIDAD NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACIÓN (1)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. No procede recurso de casación de un auto de nulidad cuando éste no es final ni definitivo, es decir cuando es posible volver a tramitar el proceso corrigiendo la omisión en que se incurrió.

<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(...) CUARTO.- En el presente caso, el auto materia de impugnación que declara la nulidad del proceso, quedando al estado de volver a dar trámite a la demanda, no puede considerárselo como sentencia o auto que ponga fin al proceso, conforme lo disponen los Arts. 269, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se ha reconocido ni negado un derecho reclamado por el actor o una excepción opuesta por el demandado; únicamente ha determinado que por la violación de trámite relativa a la naturaleza de la causa y por cuanto dicha violación puede influir en la resolución del fallo, en aplicación a lo prevenido en el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, declara la nulidad de todo lo actuado, sin que ni siquiera en forma incidental se haya pronunciado sobre la litis. Por lo tanto, no se encuentra comprendido dentro de los casos señalados en el Art. 2 de la Ley de Casación. En consecuencia, esta Sala no puede admitir a trámite un asunto que no amerita su conocimiento, pues la Ley de Casación por ser de carácter procedimental, es de orden público y de aplicación y observación exacta y restrictiva. (...)”
----------------------------	---

**4.4.3. RESOLUCIÓN N°: 0153-2009**

**JUICIO N°:** 0242-2007

**PROCEDENCIA:** Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 22 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Prescripción extraordinaria de dominio

**ACTOR (ES):** BUENO MOROCHO MARÍA HORTENSIA (**Recurso: Hecho**) / PLACENCIA ILLESCAS FÉLIX ANTONIO (**Recurso: Hecho**)

**DEMANDADO (S):** COCHANCELA CORREA LUIS / ALEMÁN ORELLANA MARÍA NATIVIDAD / PLACENCIA ILLESCAS MARÍA / HEREDEROS DE MIGUEL REINALDO PLACENCIA FAREZ

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO ENTRE COMUNEROS O CONDÓMINOS (1)</li> <li>2. UN CÓNYUGE NO PUEDE DEMANDAR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO DE UN BIEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL (2)</li> </ol>
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un condómino si puede demandar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio siempre y cuando cumpla con los requisitos para la usucapión y además pruebe que su posesión es como señor y dueño exclusivo.</li> <li>2. No cabe la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio demandada por un cónyuge sobre los bienes de la sociedad conyugal, pues es condueño. Una vez disuelta la sociedad conyugal sí cabría este derecho.</li> </ol>
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(...) SÉPTIMA.- Los casacionistas alegan también la falta de aplicación de la jurisprudencia que declara procedente la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio entre condóminos -dicen- Al respecto, la Sala hace el siguiente análisis: (...)Sobre el tema la jurisprudencia del Máximo Tribunal de Justicia ordinaria del país nos dice: “...Si no le interesaba a Vega hacer valer en su beneficio su indisputada posesión en la mitad del terreno, e in-conforme, después de muchos años, con la partición que de hecho habían

	<p>verificado quiere que se proceda a la partición judicial del terreno legalmente indiviso, no podía impedir ni enervar la fuerza de la alegación, que José Natuta se respaldase en la posesión que había mantenido en la otra parte del terreno y alegarse la prescripción extraordinaria adquisitiva e dominio, para oponerse a la partición intentada por Vega. Y no hay disposición legal alguna, ni dada la filosofía de la prescripción cabría que hubiese, que ponga fuera del alcance de este modo de adquirir el dominio, la situación posesoria del demandado, y ésto, tanto se trate de una parte del inmueble, legalmente indiviso o de la totalidad del mismo. En algún momento, ciertas corrientes en doctrina hicieron capítulo de discusión, la prescripción entre condóminos; pero siempre se inclinó a aceptarla si, como en el presente caso, uno de los condóminos había poseído en forma exclusiva la totalidad o parte del bien indiviso, haciendo actos de posesión no a nombre de los demás condueños, o prevaliéndose verdaderamente de su calidad de tal, sino con actos francos, personales y excluyentes que abierta e indiscutiblemente afirmasen su ánimo de señor y dueño respecto de la cosa detentada. Y si un tercero extraño a todo derecho de condómino, puede poseer y prescribir adquisitivamente, para si, un bien indiviso, no puede negarse esta misma facultad a uno de los condominios que ha ejercitado posesión personal y exclusiva, salvo que hubiese disposición legal expresa que consagre la excepción.” (Gaceta Judicial. Año LXXIV. Serie XI. N° 7. Pág. 914.). Sobre el mismo tema y en otro fallo se añade: “La actora solicita la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, con fundamento en lo que disponen los Arts. 2434 y 2435 del Código Civil, al respecto el Art. 2435 prescribe: “El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, contra toda persona y no se suspende a favor de los enumerados en el Art. 2434”; es decir, que la prescripción cabría sobre la parte de la sociedad de bienes debidamente singularizada que no le corresponde a la actora.- OCTAVO: Los derechos que existen sobre la sociedad de bienes creada por las partes, están regulados por las disposiciones que norman la sociedad conyugal; por lo tanto, si no existe disolución de la misma (sociedad de bienes) mal puede pedir entonces la actora la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre la totalidad del inmueble del que es condueña, lo cual no cabe en estricto derecho. NOVENO: Aún más existe jurisprudencia constante en la Gaceta Judicial Serie XII, N° 12 pág. 2557 que dice “Disuelta la sociedad conyugal por el divorcio de los cónyuges, se inicia un régimen comunitario en el cual puede hacerse valer la prescripción con miras al dominio del bien de cuya posesión se trate. La cuestión adquiere importancia una vez que el Art. 2433 del C. C., en su último inciso señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges. De otra parte, el Art. 2435 del propio Código determina que el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción (la extraordinaria), es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2433, tanto más, que en el caso, por efecto del divorcio, terminó el matrimonio y la acción se vuelve admisible...” (Gaceta Judicial, Año XCIV, Serie XVII. N° 1 pág. 100) (Lo resaltado en negrilla es de la Sala). 7.3.- Arturo Alessandi R, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic H, comentan sobre el tema lo siguiente: “Nuestra doctrina, ante la ausencia de una norma como la transcrita (se refiere al código civil francés que admite la posesión de los comuneros para adquirir por prescripción), ha emitido opiniones contradictorias, que en seguida resumimos: a) Tesis</p>
--	--

positiva. La prescripción adquisitiva entre comuneros tiene lugar cuando uno de ellos, desvinculándose de la comunidad o desconociéndola empieza a poseer con ánimo de señor y dueño exclusivo algún bien común, exteriorizando ese ánimo con hechos inequívocos y concluyentes, sin que los demás comuneros, durante todo el tiempo necesario para prescribir, pongan atajo a la situación mediante las acciones pertinentes, como, por ejemplo, la de partición..."; b) Tesis negativa. "Ninguna prescripción cabe entre comuneros, ni extintiva (en lo que todos están de acuerdo) ni adquisitiva; esta última requiere una posesión exclusiva, y la de los comuneros no lo es, ya que cada uno posee no sólo a nombre propio, sino también al de los demás, y porque según el artículo 1317, al decir que, salvo cuando hay pacto de indivisión, la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, descarta cualquiera prescripción, adquisitiva o extintiva. Y esto se refuerza si se considera que en algunos proyectos del Código Civil se reconocía el derecho de prescribir adquisitivamente, norma que, en definitiva, no se incorporó al Código, y de este modo aparece evidente el rechazo de la idea contenida. No podría alegarse que la eliminación de la citada norma fue por considerarse superflua, porque el legislador chileno mal podía ignorar que merced a ella no se discute en Francia la procedencia de la usucapión entre comuneros. c) Tesis que acepta excepcionalmente la prescripción adquisitiva entre comuneros. De acuerdo con otra opinión, si bien en principio la prescripción no opera entre comuneros, por excepción tiene cabida cuando hay un título que justifique la posesión exclusiva y no la sola voluntad del comunero prescribiente. Así ocurre cuando un copropietario vende y enajena una cosa dándose por dueño exclusivo de ella; el adquirente no incorpora a su patrimonio sino la fracción o cuota del derecho que tenía el enajenante, porque nadie puede adquirir más derechos que los que tenía su causante; en consecuencia, el adquirente pasa a ser comunero con los que no participaron en la transferencia, pero -entiéndase bien- comunero en el derecho, y no en la posesión, ya que la posesión no se transfiere ni transmite; el adquirente empieza su propia y exclusiva posesión, que, si se prolonga por el tiempo exigido y con los demás requisitos legales, lo conducirá a la propiedad absoluta. El título justificativo de la posesión es el contrato de compraventa celebrado entre el comunero que se hizo pasar por dueño exclusivo y el tercero comprador...", (Tratado de los Derechos Reales -Bienes- Tomo II, Sexta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Págs. 20, 21, 22). Si admitimos la tesis positiva, el comunero tiene que acreditar que posee con ánimo de señor y dueño exclusivo, cuestión que en el caso sub judice no se da. (...)"

"(...) OCTAVO: Los derechos que existen sobre la sociedad de bienes creada por las partes, están regulados por las disposiciones que norman la sociedad conyugal; por lo tanto, si no existe disolución de la misma (sociedad de bienes) mal puede pedir entonces la actora la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre la totalidad del inmueble del que es condueña, lo cual no cabe en estricto derecho. NOVENO: Aún más existe jurisprudencia constante en la Gaceta Judicial Serie XII, N° 12 pág. 2557 que dice "Disuelta la sociedad conyugal por el divorcio de los cónyuges, se inicia un régimen comunitario en el cual puede hacerse valer la prescripción con miras al dominio del bien de cuya posesión se trate. La cuestión adquiere importancia una vez que el Art. 2433 del C. C., en su último inciso señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges. De otra parte, el

	<p>Art. 2435 del propio Código determina que el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción (la extraordinaria), es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2433, tanto más, que en el caso, por efecto del divorcio, terminó el matrimonio y la acción se vuelve admisible...” (Gaceta Judicial, Año XCIV, Serie XVII. N° 1 pág. 100) (Lo resaltado en negrilla es de la Sala). 7.3.- Arturo Alessandi R, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic H, comentan sobre el tema lo siguiente: “Nuestra doctrina, ante la ausencia de una norma como la transcrita (se refiere al código civil francés que admite la posesión de los comuneros para adquirir por prescripción), ha emitido opiniones contradictorias, que en seguida resumimos: a) Tesis positiva. La prescripción adquisitiva entre comuneros tiene lugar cuando uno de ellos, desvinculándose de la comunidad o desconociéndola empieza a poseer con ánimo de señor y dueño exclusivo algún bien común, exteriorizando ese ánimo con hechos inequívocos y concluyentes, sin que los demás comuneros, durante todo el tiempo necesario para prescribir, pongan atajo a la situación mediante las acciones pertinentes, como, por ejemplo, la de partición...”; b) Tesis negativa. “Ninguna prescripción cabe entre comuneros, ni extintiva (en lo que todos están de acuerdo) ni adquisitiva; esta última requiere una posesión exclusiva, y la de los comuneros no lo es, ya que cada uno posee no sólo a nombre propio, sino también al de los demás, y porque según el artículo 1317, al decir que, salvo cuando hay pacto de indivisión, la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, descarta cualquiera prescripción, adquisitiva o extintiva. Y esto se refuerza si se considera que en algunos proyectos del Código Civil se reconocía el derecho de prescribir adquisitivamente, norma que, en definitiva, no se incorporó al Código, y de este modo aparece evidente el rechazo de la idea contenida. No podría alegarse que la eliminación de la citada norma fue por considerarse superflua, porque el legislador chileno mal podía ignorar que merced a ella no se discute en Francia la procedencia de la usucapión entre comuneros. c) Tesis que acepta excepcionalmente la prescripción adquisitiva entre comuneros. De acuerdo con otra opinión, si bien en principio la prescripción no opera entre comuneros, por excepción tiene cabida cuando hay un título que justifique la posesión exclusiva y no la sola voluntad del comunero prescribiente. Así ocurre cuando un copropietario vende y enajena una cosa dándose por dueño exclusivo de ella; el adquirente no incorpora a su patrimonio sino la fracción o cuota del derecho que tenía el enajenante, porque nadie puede adquirir más derechos que los que tenía su causante; en consecuencia, el adquirente pasa a ser comunero con los que no participaron en la transferencia, pero -entiéndase bien- comunero en el derecho, y no en la posesión, ya que la posesión no se transfiere ni transmite; el adquirente empieza su propia y exclusiva posesión, que, si se prolonga por el tiempo exigido y con los demás requisitos legales, lo conducirá a la propiedad absoluta. El título justificativo de la posesión es el contrato de compraventa celebrado entre el comunero que se hizo pasar por dueño exclusivo y el tercero comprador...” (Tratado de los Derechos Reales -Bienes- Tomo II, Sexta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Págs. 20, 21,22). Si admitimos la tesis positiva, el comunero tiene que acreditar que posee con ánimo de señor y dueño exclusivo, cuestión que en el caso sub judice no se da. (...)”</p>
--	---

**4.4.4. RESOLUCIÓN N°: 0155-2009**

**JUICIO N°: 0133-2008**

**PROCEDENCIA:** Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 22 de Abril de 2009

**ASUNTO:** Nulidad de Sentencia

**ACTOR (ES):** IESS, REPRESENTADO POR PABLO FERNANDO CARPIO SACOTO, DIRECTOR GENERAL (**Recurso: Casación**)

**DEMANDADO (S):** LIGA DEPORTIVA PARROQUIAL SAN ANTONIO DE PICHINCHA

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. NULIDAD DE SENTENCIA DE ÚLTIMA INSTANCIA (1)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil no cabe la nulidad de la sentencia dictada en última instancia.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“(…) Otro asunto muy importante que ha tomado en cuenta el Tribunal ad quem, con lo que concuerda esta Sala de Casación, consta en el considerando Quito, que explica que el numeral 2 del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, prohíbe las acciones de nulidad en contra de los fallos dados en última instancia, y que declarar la nulidad del fallo emitido por el Juzgado Decimoprimerero de lo Civil implicaría declarar también la nulidad del fallo emitido por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Quito, así como del auto dictado por al Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, motivos por los cuales no cabe la acción de nulidad en este caso.- Al no haberse cumplido con el requisito de tipicidad de la nulidad, no tiene sentido referirnos a la trascendencia de la misma.- (...)”

**4.4.5. RESOLUCIÓN N°: 0549-2010**

**JUICIO N°: 0389-2009**

**PROCEDENCIA:** Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008)

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 22 de Septiembre de 2010

**ASUNTO:** Cumplimiento de obligaciones

**ACTOR (ES):** ARMIJOS ORELLANA ARCELIO / ARMIJOS ORELLANA JUAN

**DEMANDADO (S):** GUANOLIQUE GARCIA JULIO (**Recurso: Casación**) / MALDONADO QUEZADA RORIGO (**Recurso: Casación**) / MORÁN BUITRÓN MARIO (**Recurso: Casación**)

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> (Restrictor)	1. CONSECUENCIAS DE UN ACTO O CONTRATO CON CONDICIÓN SUSPENSIVA FALLIDA (1)
<b>RATIO DECIDENDI:</b> (Razón de la Decisión)	1. Cuando en una obligación condicional suspensiva no se llega a cumplir la condición en el plazo estipulado por causas no imputables a los demandados, la condición se reputa fallida y la consecuencia es que el acto jurídico es ineficaz y por tanto no nace ninguna obligación y las cosas vuelven al estado que había antes de que se celebre el acto o contrato condicional.

<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>“(...) 5.4.- En el considerando CUARTO, número 4.4, de este fallo, se estableció que, de acuerdo a las estipulaciones del convenio base de este juicio, los demandados contrajeron una obligación sujeta a condición suspensiva, esto es que el pago de valores a que se comprometen se hará con el producto de la venta de las arenas existentes dentro del área minera.- En la cláusula c) del convenio se estipula que “El plazo máximo dentro del cual se verificará el cumplimiento de éste convenio será el de DOCE MESES contados a partir de la fecha de suscripción de este instrumento”. Luego en la cláusula segunda del adendum al convenio se estipula que “El plazo máximo dentro del cual se verificará el cumplimiento de éste convenio se lo amplía hasta el mes de diciembre del año dos mil seis”. Es decir que se ha estipulado tiempo dentro del cual el acontecimiento de la venta de las arenas debía verificarse; y, al respecto, de la inspección judicial (fs. 8) y del informe del perito (fs. 82 - 85) se constata que en la concesión minera se encuentra depositada cierta cantidad de “arenas mineralizadas”; que “en el lugar materia de la presente diligencia NO SE ENCUENTRAN REALIZANDO ACTIVIDAD MINERA DESDE UN LAPSO APROXIMADO O POR LO MENOS MENOR A UN AÑO”, que la cantidad aproximada de arenas mineralizadas depositados se calcula en mil trescientas toneladas. Pero no se ha probado que se haya comercializado arenas existentes en la concesión minera hasta la fecha en que se trabó litis; y más bien, la Directora Regional de Minería del Azuay, según el documento de fs. 53, con fecha 22 de mayo de 2007, certifica que revisado el expediente del área minera “Julio César” código 100 452.1, “se verifica que la concesión no cuenta con la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental y con el Manifiesto de Inicio de Producción”.- Esta situación, se confirma en el memorando N° 287-DIREMA-STCM-2008, de 22 de septiembre del 2008, suscrito por el Ing. Ricke Solís Carrión (fs. 15 - 17 del cuaderno de segunda instancia) en el que “se recomienda que una vez solucionados los requisitos legales de la concesión y presentados los planes de manejo ambiental se retiren estas arenas...”. En consecuencia, al no haberse efectuado la venta de arenas existentes en la concesión minera Julio César para el pago de los valores en referencia dentro del tiempo estipulado, la condición se reputa fallida, según lo dispone el Art. 1498 del Código Civil; pues “Las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida”, conforme lo establece el Art. 1500 Ibidem. Además no existe prueba sobre causas imputables a los demandados para el no cumplimiento de la condición.- 5.5.- En cuanto a los efectos de la condición fallida, la doctrina enseña: “si la condición falta, falla, es decir, no se cumple, el acto jurídico, hasta entonces en suspenso, queda definitivamente ineficaz, pues la obligación derivada del mismo se reputa no haber existido jamás. El incumplimiento de la condición hace volver las cosas al estado que había antes de celebrarse el acto condicional. Por tanto, si como es lo ordinario y corriente, el deudor no se había adelantado a realizar la prestación, la ejecución de la obligación no podrá demandarse, y si hubiere entregado la cosa debida bajo condición, la falla de ésta lo autoriza para pedir la devolución, derecho que, por lo demás, tenía aún antes, durante todo el período de pendencia, pues habría existido pago de lo no debido” (Arturo Alessandri R, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic H, Tratado de las obligaciones, 2da. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2001, pág. 249) Por tanto, la demanda es improcedente.- (...)”</p>
----------------------------	---

## 4.5. EN MATERIA LABORAL

### 4.5.1. RESOLUCIÓN N°: 0008-2012

**JUICIO N°:** 0582-2007-EX1RA.

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 23 de febrero del 2012, las 16h00

**ASUNTO:** Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008

**ACTOR (ES):** Carlos Alberto Benítez Álvarez (Recurso: Casación)

**DEMANDADO (S):** Herederos de Telmo Andrade Tapia y Registrador de la Propiedad de Quito

### Sentencia

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor	Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008
(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Los trabajadores que laboran o laboraron en el Registro de la Propiedad bajo la normativa vigente antes de la Constitución del 2008 no tienen o tuvieron derecho a percibir utilidades según lo dispuesto en el art. 97 del Código del Trabajo puesto que el Registro de la Propiedad era una dependencia de la Función Judicial no constituida con el objeto de obtener fines de lucro.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“... <b>TERCERO.-</b> ...c) El Decreto Supremo N° 283, publicado en el R.O. No 50 de 1 de septiembre de 1970, determina que los empleados de las Notarías se acogen a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- El Art. 2 del Reglamento de Carrera Judicial, establece en la parte pertinente “Los servidores dependientes de los Registradores y Notarios, están amparados por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, sus reglamentos y demás normas positivas del Derecho Administrativo”.- El Tribunal Constitucional, mediante Resolución publicada en el R.O. N° 485 de 2 de enero del 2002, resuelve declarar la inconstitucionalidad del Art. 2 del Reglamento de Carrera Judicial y del Decreto Supremo N° 283 en referencia y suspende sus efectos de conformidad con la disposición del Art. 278 de la Constitución Política del Estado -vigente a esa fecha-; de modo que, los empleados del Registro de la Propiedad están amparados por el Código del Trabajo; d) El Art. 35 numeral 8 de la Constitución Política del estado, norma que por su jerarquía tiene primacía en su aplicación al tenor de la disposición del Art. 272 ibidem, dispone que los trabajadores participarán en “...las utilidades líquidas de las empresas de conformidad con la Ley”.- El Art. 118 de la Constitución de la República, señala que, son instituciones del Estado: “1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial”.- El Registro de la Propiedad, a la fecha en que se desenvuelve la relación laboral entre las partes es una dependencia de la Función Judicial, regulada en la sección séptima de la Ley Orgánica de la Función Judicial.- El Registrador de la propiedad, es un funcionario designado por las respectivas Cortes Superiores, según lo determina el Art. 133 ibidem, quien a través de su función presta un servicio a la colectividad, regulado a través de pago del impuesto al registro al que se refiere el Art. 55 de la Ley de Registro, fijado en base a la “Tabla de Aranceles del Registro de la Propiedad”, creada por el Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el R.O. N° 44 del 20 de marzo de 2003;

	<p>cuya relación con las personas que laboran bajo su dependencia, como se analizó está sujeta al Código del Trabajo; sin embargo, en lo que respecta al pago de utilidades, por no tratarse de un empresa con fines de lucro, sino de una dependencia de la Función Judicial, conforme lo señala la doctrina y la jurisprudencia, no genera utilidades; e) Del análisis efectuado se establece que no existe errónea interpretación de las normas constitucionales y legales invocadas por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Corte Superior de Justicia de Quito en el fallo materia del recurso de casación.- "</p>
--	--

**4.5.2. RESOLUCIÓN N°: 0021-2012**

**JUICIO N°: 0431-2007-EX1RA.**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 05 de marzo del 2012, las 09h45

**ASUNTO:** Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008

**ACTOR (ES):** Cesar Federico Gallegos Alminate (**Recurso: Casación**)

**DEMANDADO (S):** Herederos de Telmo Andrade Tapia y Registrador de la Propiedad de Quito

**Sentencia:**

<p><b>TEMA PRINCIPAL:</b> Restrictor</p>	<p>Los trabajadores del Registro de la Propiedad no tienen derecho a percibir utilidades conforme la normativa vigente anterior a la Constitución del 2008</p>
<p>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</p>	<p>Los trabajadores que laboran o laboraron en el Registro de la Propiedad bajo la normativa vigente antes de la Constitución del 2008 no tienen o tuvieron derecho a percibir utilidades según lo dispuesto en el art. 97 del Código del Trabajo puesto que el Registro de la Propiedad era una dependencia de la Función Judicial no constituida con el objeto de obtener fines de lucro.</p>
<p><b>EXTRACTO DEL FALLO:</b></p>	<p>"...<b>CUARTO:</b> Para determinar la pertinencia o no del recurso interpuesto, esta Sala especializada formula las siguientes consideraciones: 4.1. El cuestionamiento a la sentencia gira en torno a la naturaleza del Registro de la Propiedad del cantón Quito en el esquema administrado antes de la vigencia de la Constitución de 2008, de lo cual se derivaría el derecho del ex trabajador reclamante a percibir utilidades al tenor de lo preceptuado en el art. 97 del Código del Trabajo; 4.2. El Registro de la Propiedad del cantón Quito, al tenor de la normativa vigente antes de la Constitución de 2008, si bien fue una dependencia de la Función Judicial, el sistema de gestión fue de prestación de servicios mediante el sistema de delegación, cuyas estructuras, dependencias materiales y talento humano fue satisfecho mediante el cobro de aranceles regulados por la Corte Suprema de Justicia en su momento y por el Consejo Nacional de la Judicatura, cuando éste asumió la responsabilidad de la administración de la Función Judicial; 4.3. No obstante la naturaleza delegada de la gestión del servicio registral, no se trató de una empresa con fines de lucro, en el entendido que los valores recaudados y administrados por el Registrador de la Propiedad a través de los aranceles satisfechos por los usuarios servían para financiar la prestación del servicio, incluidos los emolumentos de Registrador y servidores, por lo que no puede aseverarse, como tampoco está demostrado que se trate de una empresa con fines de lucro. Consiguientemente no se advierte la existencia de los errores esgrimidos por el recurrente."</p>

**4.5.3. RESOLUCIÓN N°:** 0015-2012**JUICIO N°:** 1061-2007-EX1RA.**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 23 de febrero del 2012, las 11h23**ASUNTO:** Herederos del trabajador tienen derecho a percibir la pensión jubilar durante un año siempre y cuando el trabajador hubiera estado en goce de ella (Art. 217 del Código del Trabajo)**ACTOR (ES):** María Juana Llumipanta, Manuel Toapanta Llumipanta, Ángel María Toapanta Llumipanta, María Magdalena Toapanta Llumipanta, Segundo Pascual Toapanta Llumipanta, Marcelo Santiago Toapanta Llumipanta; María Angela Llumiquinga Toapanta, María de Lourdes Llumiquinga Toapanta; Luís Alberto Llumiquinga Toapanta; Rosa María Llumiquinga Toapanta, Viviana Elizabeth Llumiquinga Toapanta, María Manuela Toapanta Paucar, Blanca Azucena Toapanta Paucar, en sus calidades de cónyuge sobreviviente y herederos universales de Pascual Toapanta Chicaiza (**Recurso: Casación**)**DEMANDADO (S):** Herederos conocidos y los presuntos y desconocidos de Rafael María Lasso Meneses**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor	Herederos del trabajador tienen derecho a percibir la pensión jubilar durante un año siempre y cuando el trabajador hubiera estado en goce de ella (Art. 217 del Código del Trabajo)
(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Si el trabajador no estuvo jamás en goce de su pensión jubilar, sus herederos no tienen derecho a ella puesto que es un derecho de carácter personalísimo que no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	<p>“...<b>TERCERO:</b> ... 3.3- En lo que tiene que ver con la causal primera alegada por el casacionista, misma que se la presenta por violación directa de normas sustantivas, es necesario recordar que para que los herederos del jubilado puedan tener derecho a ésta, el jubilado debe haber estado en goce de la misma, todo ello al tenor de lo dispuesto en el Art. 217 del Código del Trabajo que dispone: <i>Artículo 217.- Caso de fallecimiento de un trabajador en goce de pensión jubilar.- Si falleciere un trabajador que se halle en goce de pensión jubilar, sus herederos tendrán derecho a recibir durante un año, una pensión igual a la que percibía el causante, de acuerdo con las “Disposiciones Comunes” relativas a las indemnizaciones por “Riesgos del Trabajo”</i> (lo subrayado es de esta Sala), en el presente caso, los herederos reclaman para sí un derecho de aquellos de carácter personalísimo del cual nunca hizo goce su titular, derecho, que no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte. Por las consideraciones expuestas y al no existir en la sentencia de alzada violación alguna a las disposiciones alegadas por el casacionista, en base a las causales cuarta y primera del Art. 3 de la Ley de Casación, éste Tribunal, <b>ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA</b>, no casa la sentencia y confirma la del inferior.”</p>

**4.5.4. RESOLUCIÓN N°: 0043-2012**

**JUICIO N°: 0585-2007-EX1RA**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 19 de marzo de 2012; las 15h50.

**ASUNTO:** Conocimiento por parte del juez de la resolución de visto bueno del inspector del trabajo impugnada (Art. 183 del Código del Trabajo)

**ACTOR (ES):** María Rosa Yanascual Cuasapaz

**DEMANDADO (S):** Washington Salazar Gómez, propietario y representante legal de la Fábrica de Tejidos Margoth (**Recurso: Casación**)

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor	Conocimiento por parte del juez de la resolución de visto bueno del inspector del trabajo impugnada (Art. 183 del Código del Trabajo)
(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	El juez podrá conocer sobre la decisión adoptada en la resolución de visto bueno del inspector del trabajo siempre que sea impugnada
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“... <b>CUARTO:</b> ... 1.2.- El inciso segundo del Art. 183 del Código del Trabajo, dispone que “La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio”. La Corte Suprema de Justicia en Resolución publicada en el R.O. N° 412 de 6-IV-1990, resuelve “Que en los casos en que el Juez del Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo”. Tanto de la norma legal citada como de la Resolución de la Corte Suprema en referencia se establece que si bien la resolución de Visto Bueno tiene para el Juez el carácter de informe, para que sea analizada con criterio judicial en virtud de las pruebas aportadas en el juicio, debe ser impugnado por la parte que no está conforme con lo resuelto; en el caso sub judice el demandado al contestar la demanda se limita a negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no impugna la resolución de visto bueno concedida por la Inspectora del Trabajo a la trabajadora, por lo que esta resolución causó estado; de modo que, no justifica la falta de aplicación del Art. 183 del Código del Trabajo y por lo mismo la causal invocada.”

**4.5.5. RESOLUCIÓN N°: 0047-2012**

**JUICIO N°: 0630-2007-EX1RA**

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 19 de marzo de 2012; las 15h05.

**ASUNTO:** Pago de vacaciones no gozadas

**ACTOR (ES):** María Madelaine Dávila Intriago

**DEMANDADO (S):** Ramona Bienvenida Rosado Reina, propietaria de Novedades Pacific y su hija Leira Cevallos Rosado (**Recurso: Casación**)

**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor	Pago de vacaciones no gozadas
--------------------------------------	-------------------------------

(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	A pesar que el trabajador no haya hecho uso de sus vacaciones por tres años consecutivos como lo prevé el Art. 75 del Código del Trabajo, éste tiene el derecho adquirido e irrenunciable a que se le pague si la relación laboral se da por concluida.
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“... <b>CUARTO:</b> ... 3.- En cuanto a la causal primera del Art. 3, que concreta en la errónea aplicación de los Arts. 75, 285 y 302 del Código del Trabajo y 94 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador; pues, afirma que, se ha ordenado el pago de vacaciones por todo el tiempo de trabajo, sin considerar que esta norma limita la acumulación de vacaciones hasta por tres años... 3.1.- Respecto del pago de Vacaciones, al no haberse demostrado procesalmente que la trabajadora las ha gozado, procede, ordenar su pago por todo el tiempo de servicios, como en efecto reconoce la Sala de alzada. El Art. 75 del Código del Trabajo dispone que “El trabajador podrá no hacer uso de las vacaciones hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año”; ello obviamente mientras transcurre la relación laboral; si ésta terminó, tratándose de un derecho adquirido irrenunciable de conformidad con la Constitución y la Ley, debe cancelarse al trabajador en dinero el valor de las vacaciones no gozadas.”

**4.5.6. RESOLUCIÓN N°: 0048-2012****JUICIO N°: 0633-2007-EX1RA****PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 20 de marzo de 2012; las 10h45.**ASUNTO:** Procedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado**ACTOR (ES):** Hugo Patricio Avilés Dávila**DEMANDADO (S):** Jesús Vintimilla Ulloa, por sus propios derechos y en su calidad de Rector de la UNIVERSIDAD OG. MANDINO (**Recurso: Casación**)**Sentencia:**

<b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor	Procedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado puesto que la consignación del valor debido se hizo una vez iniciada la acción judicial para reclamarlo
(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	Es procedente el pago con el triple de recargo de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado ya que se consignó el valor debido una vez planteada ya la demanda para obtener su cancelación (Art. 94 del Código del Trabajo)
<b>EXTRACTO DEL FALLO:</b>	“... <b>CUARTO:</b> ...1.- En la especie el demandado señala que la Sala de alzada incurrió en errónea interpretación de los Arts. 23 numeral 26 de la Constitución de la República; 18 numeral 1; 1583, numeral 2 y 1614 del Código Civil; y 94 del Código del Trabajo. Que, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito ... en el Considerando Séptimo de la sentencia la Sala ordena el pago de la remuneración impaga de USD 185 con el recargo del Art. 94 del Código del Trabajo. Que, en la Audiencia Preliminar y en el escrito de contestación a la demanda, consignó la cantidad de USD 445,50; ... Que, habiendo consignado la diferencia de

	<p>la remuneración del actor, no procede que se ordene el pago del recargo establecido en el Art. 94 del Código del Trabajo. 1.1.- En el numeral 1 del Considerando Tercero de la Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito el 25 de abril de 2007 a las 11h00, se ordena pagar al trabajador accionante “La diferencia de la remuneración del mes de mayo y los seis días de junio de 2006”; valor que se ordena pagar con “el triple de recargo...”. Tanto del proceso como del escrito mediante el cual el accionado interpone recurso de casación, se desprende que la remuneración que la Sala de alzada ordena pagar al trabajador se encontraba impaga. El Art. 94 del Código del Trabajo dispone: “El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega hubiere sido menester la acción judicial pertinente será además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador...”. De la norma legal citada se establece con claridad que cuando el trabajador hubiere iniciado un juicio para reclamar sus haberes, entre ellos remuneraciones impagas del último trimestre de la relación laboral, deberá ordenarse su pago con más el triple de recargo. En el caso sub iudice como ya se observó la diferencia de la remuneración del mes de mayo y 6 días de junio de 2006, no había sido cancelada al trabajador; por ello ha recurrido a la acción judicial y al reconocer este derecho en la sentencia impugnada, se ha ordenado el pago con el recargo establecido en el citado Art. 94 del Código del Trabajo, observando una correcta aplicación tanto de la norma como del Art. 18 numeral 1 del Código Civil. 1.2.- Al aplicar correctamente el Art. 94 del Código del Trabajo se ha garantizado la seguridad jurídica de las partes y por lo mismo no existe violación del Art. 23 numeral 26 de la Constitución de la República, vigente a la fecha en que termina la relación laboral.”</p>
--	--

**4.5.7. RESOLUCIÓN N°: 0066-2012**

**JUICIO N°:** 0464-2005-EX1RA.

**PROCEDENCIA:** Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

**FECHA DE LA RESOLUCIÓN:** 02 de abril de 2012; las 15h30.

**ASUNTO:** Improcedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado

**ACTOR (ES):** Luis Eduardo Guamán Cajó

**DEMANDADO (S):** Marcelo Samaniego (**Recurso: Casación**)

**Sentencia:**

<p><b>TEMA PRINCIPAL:</b> Descriptor</p>	<p>Improcedencia del pago con el triple de recargo de remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado por haber sido consignado el valor debido antes del inicio de la demanda (Art. 94 del Código del Trabajo)</p>
<p>(Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)</p>	<p>Improcedencia del pago con el triple de recargo de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado por cuanto se consignó el valor debido antes de iniciarse la demanda laboral (Art. 94 del Código del Trabajo)</p>

**EXTRACTO  
DEL FALLO:**

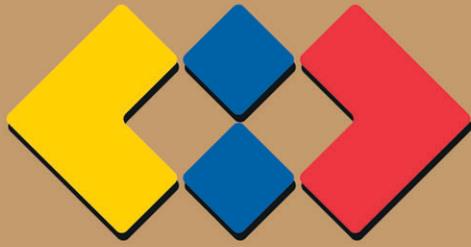
“...**TERCERO.- ACUSACIÓN PRINCIPAL.-** Del análisis del Recurso de Casación interpuesto por el demandado se deduce que la acusación principal de la impugnación es: Que en la tramitación del proceso ha demostrado con abundante documentación haber cancelado al actor oportunamente sus remuneraciones y beneficios sociales establecidos por la Ley y que en la etapa probatoria en su escrito de prueba de 12 de julio del 2004 ha solicitado se oficie a la Inspección del Trabajo de Chimborazo a fin de que la indicada autoridad laboral certifique si el accionante retiró el día 24 de marzo del 2004 de esa dependencia un cheque certificado girado a su nombre con fecha 31 de enero del 2004, documento que ha sido agregada al proceso el 10 de septiembre del 2004, fecha en la cual se ha dictado la sentencia de primera instancia por parte del señor Juez Provincial del Trabajo. Que con la certificación otorgada por la indicada autoridad laboral, se evidencia que el accionante ha recibido el sueldo mensual íntegro del mes de enero del año 2004, los proporcionales de los componentes salariales y demás beneficios de Ley, prueba que no ha sido valorada por el Juez de Trabajo por la razón expuesta; siendo grave que los Ministros de la Sala de lo Civil a esa época Corte Superior de Justicia de Chimborazo, no han dado el valor probatorio a dicho documento, por lo que en el Considerando Cuarto de la Resolución recurrida han dispuesto el pago de los valores que precisa por nueve días laborados en el mes de enero del 2004 más el recargo establecido en el Art. 94 del Código Laboral. ...**QUINTO.- ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA POR EL DEMANDADO EN EL RECURSO DE CASACIÓN:** Luego del análisis realizado a la sentencia del Tribunal de alzada, el memorial de censura y los recaudos procesales confrontados con el ordenamiento jurídico, este Tribunal advierte: ...**2.-** En el presente caso se observa que el demandado en escrito presentado dentro del término probatorio (fs. 19), acápite IV, expresa: “Para demostrar señor Juez, que el compareciente cumplió con el pago íntegro del mes de enero del 2004, correspondiente a los haberes que tenía derecho el señor **LUIS GUAMÁN CAJO**, pese a que el ex trabajador laboró únicamente hasta el 9 de enero del 2004, solicito se sirva oficiar al señor Inspector del Trabajo de Chimborazo, a fin de que dicha autoridad laboral certifique si el mencionado trabajador retiró el día 24 de marzo del 2004 de esa dependencia un cheque certificado girado por el compareciente con fecha 31 de enero del 2004. Con esta prueba demuestro señor Juez que no procede lo reclamado por el actor en todos sus puntos, particularmente lo demandado en el numeral 9 del libelo de demanda”. **3.-** Obra de autos a fs. 131, del cuaderno de primera instancia, el oficio N° 325-JPTCH de fecha 14 de julio del 2004, por el cual el Juez Provincial de Trabajo de Chimborazo, atendiendo el pedido del demandado, dispone se oficie al Inspector del Trabajo de Chimborazo a fin de que certifique lo solicitado, a consecuencia de lo cual dicha autoridad dando cumplimiento a lo requerido, dice: “siento como tal que revisados los archivos de esta dependencia consta un escrito presentado por el señor Marcelo Samaniego Espinoza, en su calidad de Gerente de la Compañía de Servicios Generales SERSACAL CÍA. LTDA., con fecha 5 de marzo del 2004, a las 15h10, al mismo que se adjuntó un cheque por el valor de 134,51 dólares, del Banco de Pichincha, a nombre del señor Luis Eduardo Guamán Cajo, el mismo que fue retirado por el señor Guamán el 24 de marzo del 2004, firmando la constancia respectiva de su cobro en dicho documento...”. Medio de prueba que a decir de Eduardo Couture

cumple con las fases de la actividad probatoria, esto es, "...el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento...". (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Tercera Edición, 1958, p. 249), de conformidad a lo previsto en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 y Art. 121 (actual 117) del Código de Procedimiento Civil que tratan sobre la prueba debidamente actuada y que el Juez de Primera Instancia no ha emitido pronunciamiento alguno sobre dicho medio probatorio por la razón que expresa el propio demandado, esto es, por haberse presentado el mencionado documento en el día que se ha dictado la sentencia de primera instancia y que la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, que en aplicación del Art. 119 vigente a la fecha de la emisión de la sentencia (actual 115) del Código de Procedimiento Civil debió dar cumplimiento a lo dispuesto en esa norma que de manera expresa contempla: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa".- De lo expuesto se observa que el Tribunal Ad quem no ha realizado pronunciamiento ni valoración alguna sobre el documento que obra de autos a fs. 131 y vta., mismo que al momento de dictar su fallo era parte del proceso, inobservando así, con ese comportamiento procesal lo dispuesto en el Art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil, siendo por tanto admisible el cargo formulado por el recurrente con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- En virtud de lo expuesto este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, declarando improcedente el pago de la remuneración del mes de enero del 2004 y el triple de recargo.- De conformidad con el Art. 12 de la Ley de Casación devuélvase al demandado el valor de la caución.-"

Impreso en los Talleres  
de la Gaceta Judicial  
del Consejo de la Judicatura

Av. Amazonas N37-101 y UNP  
Quito - Ecuador

Diciembre 2012



**CORTE  
NACIONAL DE  
JUSTICIA**

*Justicia que se ve*

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