

Gaceta JUDICIAL

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta
JUDICIAL

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 13 - Serie XVIII

Enero - Junio de 2013

**Quito - Ecuador
Septiembre 2014**

**LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y
EL CONSEJO DE LA JUDICATURA:**

Son los titulares y propietarios de los derechos de autor de los trabajos de investigación, compilación, selección de los fallos, resúmenes, formato y contenido de esta obra, de conformidad con los Arts. 25, 26 y 8 literal b de la LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Queda prohibida la reproducción, total o parcial, su explotación, publicación y alteración del contenido y formato, muy especialmente con fines comerciales.

**GACETA JUDICIAL
ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

ISSN: 13902369

Director de la Gaceta Judicial: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfonos: (02) 280 8663 / pbx. 3953500 ext. 22465
E-mail: g.judicial@funcionjudicial.gob.ec

TABLA DE CONTENIDO

**ACUERDOS Y RESOLUCIONES DEL PLENO
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

PÁG.

1. Elección de Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.	4997
2. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.	4997
3. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.	4998
4. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de La Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.	4999
5. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.	4999
6. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.	5000
7. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Penal.	5001
8. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de los Contencioso Administrativo.	5001
9. Elección de Presidente de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.	5002
10. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil.	5003
11. Elección de Presidente de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.	5003
12. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Laboral.	5004
13. Reglas y procedimiento para la aplicación de la oralidad.	5005

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL

1. Amparo Posesorio. Juicios de conocimiento. Acciones Posesorias. En la acción se demanda el Amparo Posesorio, proceso el cual al no ser de conocimiento no es definitivo; los juicios posesorios no tienen este carácter, pues su accionar se construye en regular un Estado Posesorio. Sus sentencias no son inmutables. El Recurso de Casación no es susceptible en las acciones posesorias. Juicio de Amparo Posesorio Acosta - Rosero.	5009
2. Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; el bien raíz materia de la litis corresponde a una parte de la sucesión intestada motivo por el cual el decurso de quince años ininterrumpidos en posesión del bien con ánimo de señor y dueño no permite cambiar la condición de la accionante. Juicio ordinario de prescripción extraordinario adquisitiva de dominio Mera - Cevallos.	5015
3. Los bienes que soportan prohibición de enajenar, o se encuentran sujetos a embargo son susceptibles de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Jiménez - Jiménez.	5026
4. Asignaciones forzosas. Citación con la demanda a los herederos presuntos y desconocidos del de cujus. Falta de legítimo contradictor pasivo. Acción ordinaria para la reforma del testamento propuesta por las herederas del causante. Se ordena el inventario y liquidación del patrimonio aceptando la demanda. Picerno - Picerno.	5041
5. Juicio ordinario de nulidad de partición hereditaria. Iza - Altuna.	5057
6. Juicio ordinario de nulidad de escritura pública. Nulidad absoluta de poderes de mandato por falsificación de firmas. Campozano - Aycar.	5071
7. Juicio verbal sumario por pago de indemnización por el siniestro ocurrido en un vehículo asegurado. Finiquito unilateral de la relación contractual. Pago del valor de la prima. Elementos esenciales del contrato de seguro de vehículos. Contrato de adhesión. Pago de la indemnización por estar cumplidos los supuestos contenidos en el contrato de seguro contra accidentes. Calva - Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador.	5085

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

1. Error de tipo. El consentimiento de la menor de edad en casos de violación es irrelevante. Violación. Naranjo - Chusín. 5097
2. Juicio penal por la muerte de un oficial activo de las Fuerzas Armadas en el agasajo de bienvenida. La responsabilidad y materialidad del delito se halla debidamente comprobada. El recurso de revisión es improcedente en éste proceso. VP - Segovia y otros. 5114
3. Juicio penal militar por los delitos de hurto y falsificación. Atendiendo el recurso de revisión se establece que en autos no se practicó una pericia grafotécnica en el documento bancario, motivo de éste proceso. Se acepta el recurso de revisión se declara el estado de inocencia de los inculpados. Yahuachi - Manobanda y otro. 5147
4. Juicio penal por injurias. En la aplicación del Art. 500 del Código Penal, en ambas instancias se desecha la demanda, por cuanto, las aseveraciones pronunciadas se comprenden en la defensa de la causa en la que participaban el actor y los demandados. El recurso de casación es formalista, técnico y exige claridad y precisión en la imputación de vicios al fallo recurrido. Muñoz - Kamis El Allam. 5157
5. Juicio penal por violación. El sentenciado a veinte años de reclusión interpone recurso de revisión, actuando prueba nueva concluyente, misma que consiste en el testimonio de la primera sicóloga que entrevistó al niño; de lo cual se establecen suficientes dudas en la responsabilidad del sentenciado. Se declara el estado de inocencia del acusado. VP - Vargas. 5169
6. Juicio penal por injurias. Conceptualización de la prejudicialidad en materia penal. Principio de inescindibilidad que opera entre el recurso de casación con los fallos del juez a quo y ad quem. Inaplicabilidad del principio de doble conforme. Prejudicialidad administrativa inexistente. Gilser - Gonzabay. 5184
7. Juicio penal por violación a medidas de amparo. El Juez ad quem hierra al sancionar con una pena inferior al encausado, dentro de un procedimiento abreviado. Navarrete - Lucero. 5191
8. Juicio penal por peculado. El Art. 57 del Código Penal únicamente se refiere al lugar donde cumplirá la pena el adulto mayor, no prevé el cambio en la gradación de la pena. Contraloría General del Estado - Borbor y otro. 5198
9. Juicio penal por asesinato. La defensa desarticula su propia teoría del delito, al encuadrar la conducta del acusado del delito tipo asesinato al delito tipo homicidio simple. VP - Tercero. 5211
10. Juicio penal por el delito de homicidio inintencional. No existe actuación negligente, delito culposo, ni responsabilidad consciente y voluntaria del encausado. Teoría de la previsibilidad. *"La Audiencia Imaginaria"*; y, *"La Fábula Personal"*. Incompetencia de la víctima por su minoría de edad. Calderón - Sánchez y otros. 5233
11. Principio de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica. El encausado era menor de edad, por lo tanto, sujeto a la norma positiva del Código de la Niñez. VP - Palacios. 5275
12. Juicio penal por atentado al pudor. VP - Cabrera. 5286
13. Juicio penal por violación. VP - González. 5300
14. El auto de llamamiento a juicio, fue por la figura penal de uso doloso de documento falso; la acusación fiscal en el juicio fue por falsificación de firma en un documento; y, la sentencia por tratar de engañar a un socio y a funcionarios administrativos por utilización dolosa de una copia fotostática de una letra de cambio imputada de falsa su firma de aceptación. Ranft - Vallejo y otro. 5317
15. Juicio penal por tráfico ilegal de migrantes y muerte de un menor de edad. Carácter estricto y formalista de recurso de casación. Los hechos fácticos ya fueron en su debida oportunidad valorados por los juzgadores de instancia, en uso de los principios de autonomía, exclusividad e independencia como ente jurisdiccional. Chimborazo - Vásquez. 5361
16. Juicio penal por atentado al pudor. VP - Castro. 5378
17. Concepto de delito de estafa. Vinculación subjetiva y objetiva de fraude, error y disposición patrimonial. Caldas - Maldonado y otra. 5389
18. Juicio penal por usurpación. Procedencia del recurso de revisión al establecerse el error judicial. La prueba actuada en autos, no permite establecer la materialidad o responsabilidad del encausado. Álvarez - Morán. 5410

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

1. Juicio ordinario de impugnación de paternidad y maternidad. Interés superior del niño. Valencia - Valencia y otro. 5427
2. Juicio de restitución internacional de un menor de edad. Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia - Vega. 5432
3. Juicio de rendición de cuentas. No es impugnabile por recurso de casación los fallos dictados en juicios ejecutivos. González - Dapelo. 5454
4. Juicio ordinario de nulidad de testamento. Asignaciones forzosas. Requisitos, validez de los actos o contratos que se elevan a escritura pública. Efectos de la preterición. Benalcázar - Benalcázar. 5462
5. Hábeas corpus propuesto por Jorge Villavicencio Otañez, en el juicio penal por abuso de confianza propuesto en su contra por Irlando Barros Vélez. Se solicita el cambio de la medida cautelar de prisión preventiva por otra de las que franquea la ley. 5477
6. Hábeas corpus propuesto por William Alcívar Vélez y Darwin Basurto Navarrete, en el juicio penal por tentativa de robo propuesto en su contra. El habeas corpus es un instrumento integral de protección de los derechos constitucionales de libertad e integridad personal. 5495
7. Juicio especial por alimentos. Conforme al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y atendiendo las particularidades específicas del caso sub judice se debe relacionar inescindiblemente el derecho de alimentos de una persona con el grado de severidad de la discapacidad. Quinde - Quinde. 5499
8. Juicio ordinario de declaratoria de paternidad. Relevancia del examen de ADN entre actor y demandado. Sereni - Sereni. 5507

SALA DE LO LABORAL

1. Pago de horas suplementarias. García - Compañía Automotores de la Sierra S.A. 5519
2. Cálculo del monto a pagar del fondo de jubilación a que tiene derecho el trabajador accionante. No existe norma legal que establezca una tasa de descuento. Huancayo Castro - Kraft Foods del Ecuador. 5526
3. Pago de una indemnización superior a la fijada como cuantía del juicio. Artículo 615 del Código del Trabajo. Salcedo - Compañía Minera del Austro. 5532
4. Juicio laboral por despido intempestivo. El derecho del trabajador a redargüir el acta de finiquito se halla incólume. Quinde - Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. 5538
5. Juicio laboral por despido intempestivo. Requisitos para la existencia de la relación laboral; subordinación jurídica por la existencia de exclusividad en la labor que desempeñaba el actor. Ordóñez - Compañía Trinitaria Trinipuerto S.A. 5543
6. Juicio laboral por pago de bonificación complementaria. Prescripción del derecho para demandar. Torres - Municipalidad de Guayaquil. 5551
7. Juicio laboral por cobro de utilidades. Conceptualización de las figuras de intermediación y tercerización laboral. Responsabilidad solidaria del patrono. Gil - Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda. 5562
8. Juicio laboral por despido intempestivo. Validez del acta de finiquito. Zambonino - Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda. 5577

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Juicio contencioso tributario, por pago indebido propuesto por el Gobierno Municipal de Santo Domingo de los Colorados (hoy de los Tsáchilas) en contra del Director General de Servicio de Rentas Internas. Se ordena la instauración del recurso de revisión propuesto. 5593
2. No existe indefensión del recurrente en la sede administrativa previa a la clausura. Juicio propuesto por Mario Giovanni Altamirano Larrea contra el Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas. 5598
3. La Preventiva de Sanción, materia del presente proceso, no constituye un acto determinativo de obligación tributaria por lo que no es susceptible de impugnación o reclamo y no era más que un acto de simple administración; Arts. 70 y 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, errónea interpretación del Art. 115 (anterior 110) del Código Tributario. COPPA & PI INMOBILIARIA S.A. contra el Servicio de Rentas Internas. 5603
4. La motivación no es un requisito de carácter formal sino, es un elemento de fondo e indispensable que debe contenerse en todo acto de la administración pública. Se constituye en un controlador de la discrecionalidad de los funcionarios y empleados públicos. Impugnación González - Director Regional del Austro. 5609

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. El primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado contiene una salvedad que dice: “salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto”, en el presente caso, si hay una norma legal que señala un plazo diferente al indicado, esto es el artículo 177, numeral 2, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que expresamente señala el plazo máximo. Centro de Radio y Televisión CRATEL C.A. - Consejo Nacional de Radio y Televisión CONARTEL. 5623
2. Contencioso administrativo propuesto por Segundo Iván Morales Parra por sus propios derechos y en representación de sus hijos menores de edad en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) por la mala práctica médica en su fallecida cónyuge. En el fallo de minoría, se estima que la carga de la prueba recae en la casa asistencial que deberá justificar la utilización de los más altos estándares en procesos médicos. 5633
3. La Constitución de la República actual, establece como garantía fundamental el derecho a impugnar los actos administrativos ante la Función Judicial derecho que no puede ser restringido por haberse presentado una acción de protección constitucional, por lo que en ese orden conceptual, es claro que en el Ecuador, el control de la legalidad de los actos administrativos se encargó a la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, esa competencia no puede ser asumida por los jueces constitucionales a pretexto de una acción de protección, y así lo entiende la doctrina cuando dice que: “... todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían.”. Acción Contencioso Administrativa por terminación de relaciones laborales propuesta por Jhonatan Alexander Morales Torres, en contra de la Ilustre Municipalidad del cantón Logroño, provincia de Morona Santiago. 5648
4. La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC estima que las glosas, las resoluciones y los recursos de revisión que se hallasen en trámite a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, deben continuar sustanciándose con las disposiciones de esa ley. Silencio administrativo positivo. Jairala - Contraloría General del Estado. 5654

ACUERDOS Y RESOLUCIONES
DEL PLENO DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA



1. Elección del Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en la persona del doctor José Suing Nagua.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los dieciséis días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, doctores José Suing Nagua, Álvaro Ojeda Hidalgo y Tatiana Pérez Valencia y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo para el período 2013-2014, al señor doctor José Suing Nagua para constancia firman los señores jueces nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ PRESIDENTE. Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



2. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de lo Laboral en la persona de la doctora Paulina Aguirre Suárez.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los dieciséis días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores juezas y jueces nacionales y conjuez y conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctores María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Mariana Yumbay Yallico, Asdrúbal Granizo Gavidia, Wilson Merino Sánchez, Jorge Blum Carcelén, Gladys Terán Sierra, Paulina Aguirre Suárez, Efraín Duque Ruiz y Consuelo Heredia Yerovi, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de lo Laboral para el período 2013-2014, a la señora doctora Paulina Aguirre Suárez. Para constancia firman los señores jueces nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA PRESIDENTA. Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo. JUEZA NACIONAL. Dra. Mariana Yumbay Yallico. JUEZA NACIONAL. Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia. JUEZ NACIONAL. Dr. Wilson Merino Sánchez, JUEZ NACIONAL. Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL. Dr. Gladys Terán Sierra. JUEZA NACIONAL. Dr. Efraín Duque Ruiz. CONJUEZ NACIONAL. Dra. Consuelo Heredia Yerovi. CONJUEZA NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.

**3. Elección de Presidenta de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario en la persona de la doctora Tatiana Pérez Valencia.****LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los dieciséis días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores jueces y jueza nacionales y conjuer de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, doctores Carlos Ramírez Romero, José Suing Nagua, Tatiana Pérez Valencia y Gustavo Durango Vela, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidenta de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario para el período 2013-2014, a la señora doctora Tatiana Pérez Valencia, para constancia firman los señores jueza y jueces nacionales, conjuer y Secretaria General que certifica.

f) Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUEZA PRESIDENTA. Dr. Carlos Ramírez Romero. JUEZ NACIONAL. Dr. Suing Nagua. JUEZ NACIONAL. Dr. Gustavo Durango Vela. CONJUEZ. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.

— — — — —

**4. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia
en la persona de la doctora María del Carmen Espinoza Valdivieso.**

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los veintidós días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores jueces y juezas nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, doctores Rocío Salgado Carpio, María del Carmen Espinoza Valdivieso, Eduardo Bermúdez Coronel y Asdrúbal Granizo Gavidia, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia para el período 2013-2014, a la señora doctora María del Carmen Espinoza Valdivieso. Para constancia firman los señores jueces y juezas nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, JUEZA PRESIDENTE. Dra. Rocío Salgado Carpio. JUEZA NACIONAL. Dr. Eduardo Bermúdez Coronel. JUEZ NACIONAL. Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia. JUEZ NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.

— — — — —

**5. Elección Presidenta de la Sala Especializada de Adolescentes Infractores
en la persona de la doctora María Rosa Merchán Larrea.**

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los veintitrés días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores juezas y juez nacionales de la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, doctores María Rosa Merchán Larrea, Mariana Yumbay Yallico y Vicente Robalino Villafuerte, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la sala especializada de adolescentes infractores para el periodo 2013-2014, a la señora doctora María Rosa Merchán Larrea. Para constancia firman los señores juezas y juez nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA PRESIDENTA. Dra. Mariana Yumbay Yallico. JUEZA NACIONAL. Dr. Vicente Robalino Villafuerte. JUEZ NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.



6. Elección de la Presidenta de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en la persona de la doctora Lucy Blacio Pereira.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los veinticuatro días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores juezas y jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, doctores Ximena Vintimilla Moscoso, Mariana Yumbay Yallico, Merck Benavides Benalcázar, Lucy Blacio Pereira y Vicente Robalino Villafuerte, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito para el período 2013-2014, a la señora doctora Lucy Blacio Pereira. Para constancia firman los señores juezas y jueces nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA PRESIDENTA. Dra. Ximena Vintimilla Moscoso. JUEZA NACIONAL. Dra. Mariana Yumbay Yallico. JUEZA NACIONAL. Dr. Merck Benavides Benalcázar. JUEZ NACIONAL. Dr. Vicente Robalino Villafuerte. JUEZ NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.

7. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en la persona del doctor Luis F. Quiroz Erazo.

En la ciudad de Quito, a los veinticinco días del mes de enero del año dos mil trece, en la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, los señores jueces, doctores: Luis F. Quiroz Erazo, Edmundo René Boderó Cali y Juan Salazar Almeida, tienen a bien cumplir con lo dispone el Art. 202 del Código Orgánico de la Función Judicial e inciso segundo del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo que hace relación a la designación de la Presidencia de la Sala, recayendo, por unanimidad en la reelección del doctor Luis F. Quiroz Erazo, para el período 2013-2014. Del particular se hará conocer al señor Presidente y Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, para los fines legales consiguientes. Para constancia de lo expuesto, firma en unidad de acto.

f) Dr. Luis F. Quiroz Erazo, PRESIDENTE DE LA SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO PENAL. Dr. Msc. Edmundo René Boderó Cali. JUEZ TEMPORAL NACIONAL. Dr. Juan Salazar Almeida. JUEZ TEMPORAL NACIONAL. Abg. Erick López. SECRETARIO RELATOR.

8. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo.

ACTA DE DESIGNACIÓN DE PRESIDENTE DE LA SALA

En la ciudad de San Francisco de Quito, a los 28 días del mes de enero de 2013, se reúnen los señores: Dr. Arturo Vizcaíno Sotomayor, Dr. Fernando Ortega Cárdenas y Dr. Galo Martínez Pinto, en calidad de Jueces de la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, quienes de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones 070-2012 y 177-2012, publicadas en el Registro Oficial Suplemento nro. 746 y 859 del 19 de junio y 28 de diciembre del 2012, expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, proceden a elegir Presidente de Sala para el período 2013. Actúa el abogado Francisco Fonseca Bustamante, en su calidad de Secretario Relator de la Sala Temporal quien certifica. Luego de la deliberación respectiva, los señores Jueces Temporales designan como Presidente de Sala al señor doctor Fernando Ortega Cárdenas, quien acepta el cargo, indicando que lo ejercerá con responsabilidad y en estricta observancia del ordenamiento jurídico. No obstante el presidente actual señor doctor Arturo Vizcaíno Sotomayor, permanecerá en funciones prorrogadas hasta consultar sobre la ampliación en estas salas del artículo 202 del Código Orgánico de la Función Judicial. Sin más que tratar, los señores Jueces Temporales levantan la sesión, disponen la redacción del acta respectiva y firman en unanimidad de acto con el Secretario Relator que certifica.

f) **Dr. Galo Martínez Pinto, JUEZ TEMPORAL DE LA CORTE NACIONAL JUSTICIA. Dr. Arturo Vizcaíno Sotomayor. JUEZ TEMPORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Dr. Fernando Ortega Cárdenas. JUEZ PRESIDENTE DE LA SALA TEMPORAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Abg. Francisco Fonseca Bustamante. SECRETARIO RELATOR.**



9. Elección de Presidente de la Sala Especializada de lo Penal en la persona del doctor Jorge Blum Carcelén.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los treinta días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores jueces y juezas nacionales y conjuera de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, doctores Ximena Vintimilla Moscoso, Paúl Iñiguez Ríos, Merck Benavides Benalcázar, Lucy Blacio Pereira, Johnny Ayluardo Salcedo y Jorge Blum Carcelén, y Zulema Pachacama Nieto, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de lo Penal para el periodo 2013-2014, al señor doctor Jorge Blum Carcelén para constancia, firman los señores jueces y juezas nacionales, conjuera y Secretaria General que certifica.

f) **Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ PRESIDENTE. Dra. Ximena Vintimilla Moscoso. JUEZA NACIONAL. Dr. Paúl Iñiguez Rios. JUEZ NACIONAL. Dr. Merck Benavides Benalcázar. JUEZ NACIONAL. Dra. Lucy Blacio Pereira. JUEZA NACIONAL. Dr. Johnny Ayluardo Salcedo. JUEZ NACIONAL. Dra. Zulema Pachacama Nieto. CONJUEZA. Dra. Isabel Garrido Cisneros. SECRETARIA GENERAL.**



10. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil.

En el Distrito Metropolitano de Quito, a los 30 días de mes de enero del 2013, comparecen los doctores Manuel Antonio Sánchez Zuraty, Milton René Pozo Castro y Juan Patricio Maldonado Benítez, en calidad de Jueces Nacionales de la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil, quienes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución 070-2012, de fecha 19 de junio de 2012, expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se constituyen para proceder a elegir al Presidente de Sala. Comparece además la doctora María Elena Borja Chávez, en su calidad de Secretaria Relatora de la Sala Temporal quien certifica.

Luego de la deliberación respectiva, los señores Jueces Temporales designan como Presidente de Sala al señor doctor Manuel Antonio Sánchez Zuraty, quien acepta el cargo, indicando que lo ejercerá con responsabilidad y en estricta observancia de ordenamiento jurídico.

Sin más que tratar, los señores jueces temporales levantan la sesión y disponen la redacción del acta respectiva a cargo del Secretario Relator.

f) Dr. Manuel Antonio Sánchez Zuraty, PRESIDENTE DE LA SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Dr. Milton René Pozo Castro. JUEZ NACIONAL. Dr. Juan Patricio Maldonado Benítez. JUEZ NACIONAL. Dra. María Elena Borja Chávez. SECRETARIA RELATORA.



11. Elección de Presidente de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, en la persona del doctor Eduardo Bermúdez Coronel.

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los treinta y un días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los señores juezas y jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, doctores María Rosa Merchán Larrea, Paul Iñiguez Ríos, Eduardo Bermúdez Coronel, Wilson Andino Reinoso, Paulina Aguirre Suárez Y Álvaro Ojeda Hidalgo, y con la concurrencia de la señora doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General,

ACUERDAN:

Elegir presidente de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil para el período 2013-2014, al señor doctor Eduardo Bermúdez Coronel para constancia firman los señores jueces nacionales y Secretaria General que certifica.

f) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ PRESIDENTE. Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL. Dr. Paúl Iñiguez Ríos, JUEZ NACIONAL. Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL. Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL. Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

**12. Elección de Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Laboral en la persona del doctor Luis Iván Nolivos Espinosa.**

En el Distrito Metropolitano de Quito, a los ocho días del mes de febrero del año dos mil trece, en las instalaciones de la Sala Temporal Especializada de lo Laboral, de la Corte Nacional de Justicia, comparecen el doctor Luis Iván Nolivos Espinosa; doctor Juan Francisco Gabriel Morales Suárez; y, doctor Juan Patricio Maldonado Benítez, en calidad de Jueces de la Sala antes mencionada, actúa como Secretario Relator de la misma el abogado Lenin Vladimir Ochoa Ochoa, quien certifica el presente documento.

Luego de la deliberación respectiva, en concordancia con el artículo nueve de la Resolución 070-2012 de diecinueve de junio de dos mil doce; Resolución 177-2012 de dieciocho de diciembre de dos mil doce del Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición; y, Resolución 11-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de cinco de septiembre de dos mil doce, se procede a elegir de entre los jueces al doctor Luis Iván Nolivos Espinosa, como Presidente de Sala, quien acepta el cargo, indicando que lo ejercerá con probidad, responsabilidad y en estricta observancia del ordenamiento jurídico.

Sin más que tratar, los señores Jueces Temporales levantan la sesión y disponen la redacción del acta respectiva a cargo del Secretario Relator.

f) Dr. Luis Iván Nolivos Espinosa, JUEZ NACIONAL TEMPORAL. Dr. Juan Francisco Morales Suárez, JUEZ NACIONAL TEMPORAL. Dr. Juan Patricio Maldonado Benítez, JUEZ NACIONAL TEMPORAL. Abg. Lenin Ochoa Ochoa, SECRETARIO RELATOR.



13. Reglas y procedimiento para la aplicación de la oralidad.

Resolución Nro. 02-2013

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO

Que han surgido dudas, respecto de la aplicación del sistema oral, en la tramitación de los procesos penales de acción pública, que impiden la uniformidad de procedimientos en distintas provincias del país;

Que en cumplimiento a lo dispuesto en el último inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, al tribunal de garantías penales, para el juzgamiento respectivo, se deberá remitir el auto de llamamiento a juicio conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios.

Que en algunas provincias por aplicar el principio de oralidad, en la misma audiencia preparatoria del juicio y formulación del dictamen, la jueza o juez de garantías penales, expone el sustento fáctico y jurídico de la resolución con la que dicta el auto de llamamiento a juicio.

Que es necesario, establecer reglas claras de procedimiento, a fin de garantizar los derechos de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, establecidos en la Constitución de la República, para aclarar las dudas existentes, y así lograr que en la sustanciación de los procesos de acción pública, se garantice el principio de oralidad en el trámite de los procesos.

En uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial:

RESUELVE:

Art. 1. A partir de la vigencia de esta resolución, conforme lo dispuesto en el último inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, las juezas y jueces de garantías penales, sin perjuicio de continuar haciéndolo oralmente al concluir la audiencia preparatoria del juicio y de formulación de dictamen, junto con las demás piezas procesales, que dispone la norma invocada, deberán remitir obligatoriamente, por escrito, el auto de llamamiento a juicio, el acta de audiencia y los anticipos probatorios al Tribunal de Garantías Penales; y, el expediente será devuelto al Fiscal.

La presente resolución entrará en vigencia desde 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 veintidós días del mes de mayo de dos mil trece.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE. 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. Dr. Jorge Blum Carcelén. Dra. Gladys Terán Sierra Dr. José Suing Nagua. Dra. Paulina Aguirre Suárez. Dr. Vicente Robalino Villafuerte. Dra. Tatiana Pérez Valencia. JUECES NACIONALES. Dr. Alejandro Arteaga García. Dr. Francisco Iturralde Albán, CONJUECES PERMANENTES. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I

Resolución nro. 47-2013

Juicio nro. 641-2011

Juicio por amparo posesorio propuesto por Esthela Marcía Acosta contra Juan Carlos Rosero Villarreal.

SÍNTESIS:

El señor Juez a quo ha dictado sentencia en la que desecha la demanda de amparo posesorio. El tribunal ad quem acepta el recurso de apelación y revoca la sentencia venida en grado. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analizados los recaudos procesales considera que: en casos como el presente, de amparo de la posesión y en los juicios de restitución de la posesión, obra nueva, obra vieja y despojo violento, se ha conservado el criterio que son procesos de conocimiento pero no definitivos, en los que no se discute la propiedad ni el dominio; sino la posesión, ello lo ha confirmado la doctrina como la jurisprudencia al señalar 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 se mencionó, no son inmutables. De manera que la doctrina exige que las decisiones sean concluyentes para que proceda el recurso de casación, ello no ocurre en los procesos posesorios. Por lo que, rechaza el recurso interpuesto por cuanto no es susceptible de casación.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL, MERCANTIL E INQUILINATO DEL CARCHI. Tulcán, viernes 25 de febrero del 2011. Las 10h39.

VISTOS: En mérito de la razón sentada por el señor Secretario del Despacho, avoco conocimiento de la presente causa. La excusa presentada por el doctor Jorge García Juez Titular de esta Judicatura, se la califica como legal y procedente. En lo principal comparece la señora Marcía Esthela Acosta, manifestando que hace más de veinte años y hasta la actualidad se encuentra en posesión tranquila, pacífica, pública y no interrumpida como señora y dueña de la casa de habitación asignada con el número 216 y terreno adjunto, ubicado en la calle, perteneciente a la parroquia Tulcán, de esta ciudad y cantón Tulcán, provincia del Carchi. Que el mencionado bien raíz del que se encuentra en posesión se encuentra circunscrito dentro de los linderos siguientes: Por el norte, con la calle "Pichincha", en una extensión de nueve metros, con cincuenta centímetros; por el sur, con propiedad

de Alfonso Terán (actualmente, con propiedad de Laura Tarmuel), en una extensión de ocho metros, con setenta centímetros, tapias al medio; por el Oriente, con propiedad de Leonila Erazo, (actualmente, con propiedad de herederos del que fue señor Jacinto Salgado), en una extensión de dieciocho metros, con cincuenta centímetros, pared al medio; y, por el occidente, con propiedad de Sixto Manuel Argoti, en una extensión de dieciocho metros, con setenta centímetros, pared al medio, con una superficie total de ciento sesenta y nueve metros cuadrados con quince decímetros cuadrados. El referido bien raíz del cual se encuentra en posesión, lo ha venido manejando personalmente, pues, ahí tiene su domicilio y residencia y ha realizado diferentes actos posesorios, especialmente, colocación de tumbados, construcción de varias piezas de habitación con madera y cubierta de eternit, reconstrucción de la lavandería y baño, pavimentación de la pieza cocina, pintado interior y exterior de la mencionada casa de habitación, refacción de la cubierta en tejas, instalación del servicio de energía eléctrica y línea telefónica, etc. Que desde comienzos del mes de septiembre del año dos mil diez el señor Juan Carlos Rosero Villarreal, se encuentra perturbando embarazando su posesión que mantiene en la expresada casa de habitación signada con el número doscientos diez y seis y terreno adjunto con el fin de despojarla de ella. Que por lo expuesto y con fundamento en el artículo 734 y demás pertinentes del Código Civil, en concordancia con los artículos 680 y 687 del Código de Procedimiento Civil demanda al señor Juan Carlos Rosero Villarreal el amparo posesorio de la referida casa de habitación y terreno adjunto que como señora y dueña mantiene por más de veintidós años consecutivos, a fin de que en sentencia se declare su posesión. Aceptada la demanda a trámite y citado que han sido legalmente el demandado Juan Carlos Rosero Villarreal, según se desprende de las actas de citación de fojas 8 y 8 vuelta de los autos, comparece a juicio señalando domicilio judicial, con su escrito de fojas 10 del proceso. Convocadas que han sido las partes a la audiencia de conciliación, en esta diligencia que obra a fojas 11 de los autos, el demandado propone las siguientes excepciones: **1.** negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y acción propuesta; **2.** alega expresamente litis pendencia toda vez que se encuentra tramitando juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en el Juzgado Primero de lo Civil, con el número 98-2008; **3.** alega omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; **4. (sic)** de legítimo contradictor toda vez que dentro del proceso está ejerci (sic) derecho como nuevo propietario mediante la vía del desahucio. **5.** alega (sic) demanda presentada en su contra es improcedente e ineficaz toda vez que (sic) demandante no ha venido poseyendo en forma tranquila, pacífica y interrumpida (sic) durante el tiempo que la demanda se manifiesta, sino que más bien ha venido poseyendo a través de terceras personas, no siendo ella la que

plantea dicha demanda; **6.** alega cosa juzgada. La actora se ha afirmado y ratificado en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y derecho de su demanda; se ha abierto la causa a prueba por el término legal, concluido que ha sido dicho término y encontrándose la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Se ha cumplido con todas y cada una de las formalidades legales inherentes a esta clase de juicios, por lo que la presente causa es válida y así se lo declara. **SEGUNDO:** En conformidad con el artículo 960 del Código Civil, hay dos acciones posesorias: a) La de retención, conservación o mantención de la posesión, que tiene lugar cuando una persona, con intención de entrar en posesión de un inmueble, realiza actos de turbación o embarazo en contra del actual poseedor, pero de dichos actos no resulta la exclusión absoluta o total de éste; y b) La de recuperación, que tiene lugar cuando el poseedor actual ha sido absoluta y totalmente excluido del predio. En ambos casos, claramente se advierte que en estos procesos no se examinan títulos, aunque éstos puedan exhibirse para probar la posesión; se examinan hechos y fundamentalmente dos que toca justificar al actor: haber efectuado actos de posesión que le acrediten ser poseedor de un bien raíz o de derechos reales en forma tranquila y no interrumpida por un año completo; y la realización por parte de un tercero, aun el propio dueño, de actos que turban o embarazan la posesión del actor e inclusive que pretenden o han llegado a despojarle de la posesión. Estos son los hechos que deben probarse en el juicio para que el Juez, si acepta el interdicto posesorio, disponga la adopción de seguridades necesarias para garantizar la posesión, o, en su caso, ordene la restitución de la misma, con indemnización de perjuicios. Nuestro ordenamiento legal, que sigue al sistema legal francés, protege de manera especial al poseedor contra las turbaciones o embarazos causados a su posesión así como también para que no se le despoje. Estas acciones amparan el hecho de la posesión, no el derecho en sí mismo. Conceden al poseedor la facultad de obtener, a través de los órganos judiciales, que se supriman esas turbaciones o embarazos o, de ser el caso, que se le devuelva el predio del que ha sido despojado. En las acciones posesorias al Juez no le corresponde averiguar si el actor o demandante es el titular de derecho real alguno. Las acciones posesorias recaen sobre el hecho de la posesión o posesión material, como lo dispone la última parte del Art. 962 del Código Civil, que dice: “para el ejercicio de la acción es suficiente la posesión material”. Las acciones posesorias tienen la finalidad de proteger la posesión, no proteger el derecho en sí mismo, porque la protección del derecho se ejercita por medio de las acciones petitórias. En las acciones posesorias con arreglo a lo dispuesto por el artículo 967 del Código Civil, el Juez no tiene que averiguar si el poseedor es propietario y, por tanto, tomar en cuenta los títulos adquisitivos de dominio que presenten las partes. El fondo del derecho es indiferente para la suerte de la acción posesoria, de allí que el Juez al conocer esta clase de acciones no puede pronunciarse sobre el derecho de propiedad ni siquiera incidentalmente, ni e (**sic**) litigante puede

llevar, a pretexto de acción posesoria, el debate propio del juicio petitório. **TERCERO:** De conformidad a lo dispuesto en el artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, “En los juicios de conservación y de recuperación de la posesión no se podrán alegar sino las siguientes excepciones: Haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior; haberla obtenido de un modo judicial; haber precedido otro despojo causado por el mismo actor, antes de un año contado hacia atrás desde que se propuso la demanda; haber prescrito la acción posesoria, y ser falso el atentado contra la posesión”. **CUARTO:** Para que prospere la acción posesoria, por la carga de la prueba impuesta por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, a la actora le correspondía probar: 1. Que está en posesión del suelo, por los hechos señalados por el artículo 969 del Código de Procedimiento Civil. 2. Que esta posesión ha sido tranquila e ininterrumpida un año completo, conforme dispone el artículo 962 del Código Civil; 3. Que el demandado ha realizado ataques de hecho en contra de la posesión...” **QUINTO:** Dentro del término de prueba la actora, ha solicitado las declaraciones testimoniales de los señores: Judith Amanda del Pilar Quiroz (fojas 15 vuelta), María del Socorro Rosales Enríquez (fojas 16), Carlos Andrés Pineda Guerrero (fojas 16 vuelta), Yolanda Margarita Rosero Ramírez (fojas 17), Gloria América Martínez Valladares (fojas 17 vuelta) y Mariana de Jesús Serrano Irua (fojas 124 vuelta) quienes en forma concordante afirman que la actora, hace más de veintidós años se encuentra en posesión en forma tranquila, pacífica, pública y no interrumpida como señora y dueña de la casa de habitación signada con el número 216 y terreno adjunto, ubicado en la calle Pichincha, entre Colón y Maldonado de esta ciudad de Tulcán; indican que los linderos del inmueble son los que la actora manifiesta en su demanda; que la señora Marcia Esthela Acosta, ha realizado diferentes actos posesorios, principalmente el arreglo del tumbado que se ha caído hace algunos años, que construyó un baño y en fin que ha realizado varias mejoras; que pensaban que ella era la dueña del inmueble; sin embargo de ello y concretamente al contestar la pregunta número seis a ellos formulada ninguno da fe de los hechos perturbadores de la posesión, así la señora Judith Amanda del Pilar Quiroz, señala “como yo vivo al frente una vez lo vi al señor”, María del Socorro Rosales Enríquez, manifiesta “Una vez que pasamos con mis hijos escuchamos el alboroto y manifestó que la casa es de don Rosero”; Carlos Andrés Pineda Guerrero indica “La señora Marcia Acosta me comentó que se encontraba un tanto descontrolada por motivo por el cual era que la quería despojar de su casa” esto es, se convierte simplemente en un testigo referencial que narra lo que la propia actora le manifestó pero no da fe de acto perturbador alguno que haya mirado u observado; en igual forma es meramente referencial el testimonio de la señora Gloria América Martínez Valladares pues manifiesta “Yo sé porque me conversaron las vecinas que ha ido a insultarla el señor” y finalmente Mariana de Jesús Serrano Irua indica “Es verdad que últimamente el señor Juan Carlos Rosero, le ha venido

molestando a la señora que me interroga en el sentido de que la casa es de él y la desocupe”. La actora incorpora al juicio varias facturas del pago de servicios básicos, entre estas planillas de consumo de luz eléctrica a nombre de la actora Marcia Esthela Acosta. Solicitan la práctica de la inspección judicial del inmueble materia de este proceso, misma que se ha llevado a cabo según acta de fojas 125 vuelta, 126 y 126 vuelta de los autos, donde se hacen las observaciones de que el inmueble materia de la diligencia se encuentra ubicado en la calle Pichincha entre Colón y Maldonado, casa nro. 2-16, cuya construcción es de tapia y mampostería de ladrillo, estructura de madera cubierta de tejas, puertas de madera, piso de ladrillo y tabla, el tumbado es de cartón y madera; existen los ambientes; uno destinado a panadería y otro destinado a dormitorio y cocina; los pisos de ladrillo y cemento; hacia el interior se observa dos medias aguas la una cubierta de eternit y la otra de zinc, paredes de madera, piso de tabla y cemento piso de tabla y cemento (**sic**). Existe una lavandería y baño el patio es adoquinado y otra de piso de tierra, dispone de los servicios de agua potable, alcantarillado, luz y teléfono; adjunto se encuentra un portón de madera y un zaguán sin salida cubierto de teja, de las observaciones realizadas dentro de la diligencia de inspección judicial no se evidencia algún hecho que determine que se está turbando o embarazando la posesión o más aún despojando de ella. Se ha dispuesto que el Perito informe los linderos y demás especificaciones del inmueble, mismo que consta de fojas 129 del proceso, en el cual especifica los linderos y superficie; y en lo medular señala sobre la existencia de varias adecuaciones en el inmueble así en la construcción antigua cuyas paredes son de tapia y ladrillo, su cubierta de estructura de madera con teja se han realizado las adecuaciones; el piso se lo adecuado con ladrillo y parte con contra piso de cemento. La estructura de madera ha sido cambiada en parte, análogo la cubierta de teja, las paredes de la construcción antigua han sido pintadas en parte tanto el interior como en el exterior. Que en el patio interior existen las siguientes adecuaciones: Una bodega con un área de 7,40 m², su piso de cemento cubierto de madera, paredes de madera, cubierta de eternit y zinc. Una lavandería, parte del patio que es de tierra tiene un área de 7,50 m² en adoquines. Existe un cerramiento lateral de ladrillo de 9,50 m de longitud. En el lindero sur existe un cerramiento de madera de 7,30 m de longitud. El accionado por su parte reproduce todo cuando de autos le fuere favorable; impugna la prueba de la contraparte; tacha a los testigos presentados o que llegaren a presentar la actora; agrega al proceso copias certificadas del juicio n.º 98-2008 que por prescripción extraordinaria de dominio ha seguido la actora en el Juzgado Primero de lo Civil del Carchi, sobre el bien inmueble materia del presente juicio. **SEXTO:** El artículo 960 del Código Civil dice: “Las acciones posesionarias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces de derecho reales constituidos en ellos” y el art. 965 establece: “El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, para que se le

indemnice del daño que ha recibido, y para que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme”. Por lo tanto el actor está en la obligación de probar que se encuentra en posesión del bien que pretende sea amparado y además debe justificar los hechos que perturban y embarazan su posesión, la violencia o clandestinidad con que ha actuado el demandado; de no hallarse comprobado este elemento esencial en la litis, mal se podría aceptar la demanda. Víctor Manuel Peñaherrera, en su libro ‘La Posesión’, editorial Universitaria, página 170, textualmente dice: ‘Podemos, por tanto, definir las acciones posesorias diciendo que 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.’ Es importante señalar que las acciones posesorias se diferencian de las acciones petitorias, ya que estas últimas protegen la propiedad y los demás derechos reales, mientras que las primeras protegen la posesión de los mismos derechos. La acción petitoria es la que tiene el titular o dueño de un derecho real para obtener el reconocimiento o (**sic**) ecobrar el libre ejercicio de un derecho real desconocido o violado y la acción posesoria es aquella que le permite al poseedor de un predio o un derecho susceptible de posesión, para hacer cesar la turbación causada a su posesión o en su defecto para hacer reintegrar el inmueble del que ha sido expelido. Eduardo Carrión Eguiguren en su libro, ‘Curso de Derecho Civil’, de los Bienes, tercera edición, página 428 trata sobre las acciones posesorias y manifiesta: ‘a) Acción conservatoria. Tiene por objeto conservar la posesión: es decir, elimina las molestias o perturbaciones irrogadas a la posesión por otra persona, con ánimo de poseer. Los actos perturbadores de la posesión deben ser ejecutados con ánimo contradictorio, es decir, disputando el derecho a poseer. El que molesta o perturba la posesión pretende tener derecho a ejecutar el acto o actos perturbadores...’ Al respecto se puede citar la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, serie IV, números 219-220, que en su parte pertinente resuelve: ‘...A igual de las meras expectativas, los simples temores de la posible violación de un derecho, no pueden volver precedente una acción en justicia; salvo los casos excepcionales referentes a las medidas conservatorias previstas por la ley’. Igualmente la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie VI Nro. 10, manifiesta: ‘...Para los efectos de amparar al actor en la posesión, en los juicios sobre conservación o recuperación, es indiferente, según el sistema procesal en vigencia, que los actos ejecutados por la parte demandada, sean constitutivos de despojo o de mera perturbación; basta que se haya violado el derecho de posesión del que ha tenido la cosa durante el año inmediato anterior para que se acepte la demanda y se ampare al actor en la posesión...’ **SÉPTIMO:** Si bien es cierto se encuentra plenamente justificada la posesión del inmueble materia de este proceso por parte de la actora, no es menos cierto que el otro elemento esencial para la procedencia de la demanda de amparo posesorio, es decir, los hechos perturbadores de la posesión no se han justificado conforme a derecho, y por lo tanto no se halla probado dentro del proceso

aquel presupuesto fáctico fundamental para que proceda la pretensión de la actora. Por lo expuesto y al no haber sido justificados conforme a derecho los fundamentos de hecho de la demanda el suscrito Juez Segundo Temporal, sin que sea necesario otro análisis: **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha la demanda presentada por la señora Marcia Esthela Acosta, en contra del señor Juan Carlos Rosero Villarreal, por improcedente. Sin costas, ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) **Dr. Wilson Obando Castro, Juez.**

APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Guillermo Cadena Benavides.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CARCHI. Tulcán 10 de mayo de 2011. Las 14h15.

VISTOS: El señor Juez Segundo de lo Civil, Mercantil e Inquilinato del Carchi Temporal ha dictado sentencia en la que desecha la demanda de amparo posesorio presentado Marcia Esthela Acosta en contra de Juan Carlos Rosero Villarreal, pues aduce que si bien es cierto que se encuentra plenamente justificada la posesión del inmueble por parte de la actora no se han justificado los hechos perturbadores de esa posesión. Interpuesto recurso de apelación por la accionante y con la adhesión del accionado, se radica la competencia en esta Sala. Para resolver se considera: **PRIMERO:** No existe motivo de nulidad que declarar. El proceso es válido. **SEGUNDO:** Marcia Esthela Acosta manifiesta que desde hace más de veintidós años y hasta la actualidad se encuentra en posesión tranquila, pacífica, pública y no interrumpida como señora y dueña de la casa de habitación signada con el nro. 216 y terreno adjunto ubicado en la calle Pichincha entre las calle Colón y Maldonado de la parroquia Tulcán, cantón Tulcán cuyos linderos los deja expresamente señalados siendo el área total de 109 metros cuadrados con 15 decímetros cuadrados. Dice que el referido bien raíz lo ha venido manejando personalmente pues ahí tiene su domicilio y residencias y ha realizado diferentes actos posesorios, especialmente la colocación de tumbados, construcción de varias piezas de habitación con madera y zinc, reconstrucción de lavandería y baño, pavimentación de la cocina, pintado interior y exterior de la casa, refacción de la cubierta con tejas, instalación de servicio de energía eléctrica y línea telefónica, etc. Que desde el comienzo del mes de septiembre del año dos mil diez, el señor Juan Carlos Rosero Villarreal se encuentra perturbando o embarazando su posesión con el fin de despojarle de ella. Que, el artículo 715 del Código Civil dice: "posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. Que por lo expuesto y con fundamento en el artículo 734 del Código Civil en concordancia con los artículos 600 y 607 del Código de Procedimiento Civil, en

juicio verbal sumario, demanda a Juan Carlos Rosero Villarreal al amparo posesorio de dicha casa de habitación y terreno adjunto a fin de que en sentencia se declare su posesión y se condene al demandado al pago de daños y perjuicios. Citado el demandado comparece a la audiencia de conciliación y al contestar la demanda opone las siguientes excepciones: negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y acción propuestas: alego expresamente litis tendencia (**sic**) toda vez que se encuentra tramitando juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en el Juzgado Primero de lo Civil; alega (**sic**) de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: alega (**sic**) de legítimo contradictor toda vez que dentro del proceso el demandado está (**sic**) su derecho como nuevo propietario mediante la vía del desahucio: alega que (**sic**) la demanda planteada es improcedente e ineficaz ya que la actora no ha venido poseyendo en forma tranquila, pacífica y no interrumpida durante el tiempo que manifiesta sino que lo ha hecho a través de terceras personas no siendo ella la que verdaderamente debe plantear esta demanda; y alega cosa juzgada. En esta forma queda trabada la litis. **TERCERO:** La acción de amparo posesorio tiene por objeto conservar o recuperar la posesión de un bien raíz con derechos reales constituidos en el, así lo determina el artículo 960 del Código Civil; el artículo 962 del mismo cuerpo de leyes prescribe que solo puede proponer esta acción quien ha estado en posesión tranquila y no interrumpida, un año completo, siendo requisito indispensable la posesión material, la misma que deberá ser probada conforme lo establece (**sic**) el artículo 969 *ibidem*, esto es, con hechos positivos de aquellos a que solo el dominio da derecho. En virtud de lo expuesto correspondía a la actora probar para que prospere su acción. 1. La posesión del bien raíz en forma tranquila y no interrumpida por más de un año a la fecha en que dice ha sido estorbado en el ejercicio de ella, no siendo indispensable la comprobación del dominio, pues en esta clase de juicios no se lo discute; y. 2. Los actos ejecutados por el demandado con el fin de embarazar la posesión. **CUARTO:** La demandante Marcia Esthela Acosta ha presentado prueba testimonial con las declaraciones de Judith Amanda del Pilar Quiroz, María del Socorro González Enríquez, Carlos Andrés Pineda Guerrero, Yolanda Margarita Rosero Ramírez y Gloria América Martínez Balladares, las mismas que en forma concordante y unívoca manifiestan que si les consta que la referida Marcia Esthela Acosta se encuentra en posesión tranquila, pacífica ininterrumpida con ánimo de señora y dueña por un espacio de veintidós años aproximadamente; que allí tiene un negocio de pan y que ha realizado reparaciones del techo. En lo que tiene que ver a los actos de perturbación, si nos atenemos a la contestación a la demanda, el accionado Juan Carlos Rosero Villarreal, en su excepción constante en el numeral cuarto dice que él está ejerciendo su derecho como nuevo propietario mediante la vía del desahucio. En el escrito de prueba de fojas 121 y dentro de término respectivo, la demandante ha solicitado que del juicio de desahucio Nro. 0012-2010 que le sigue

Juan Carlos Rosero Villarreal en el mismo Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil del Carchi, se confiera copias certificadas de todo lo actuado habiendo sido ordenada tal diligencia en providencia de 22 de noviembre de 2010, más sin embargo no se ha dado cumplimiento a este mandato judicial. Las copias certificadas aludidas han sido presentadas en esta instancia y obran de fojas 2 a 33 y de ellas se colige que Juan Carlos Rosero Villarreal ha presentado solicitud de desahucio en contra de Marcia Esthela Acosta para que se la notifique con la terminación de un supuest (**sic**) arrendamiento que en forma verbal y en calidad de arrendataria ha celebrado Fausto Villareal Obando, Carmelina Rosario María Obando Moreno y Gilber (**sic**) Villarreal Obando en calidad de arrendadores; y que él como nuevo dueño a (**sic**) planteado. **QUINTO:** Se encuentra demostrada la posesión del bien inmueble por (**sic**) de Marcia Esthela Acosta en los términos del artículo 715 del Código Civil y así lo verificado (**sic**) el Juez a-quo. La perturbación de la posesión, también se ha justificado, porque el demandado así lo ha expresado en la contestación a la demanda, ora tamb (**sic**) porque existe el proceso de desahucio seguido por Juan Carlos Rosero Villarreal contra de la poseedora (**sic**) Marcia Esthela Acosta, tramitado en el Juzgado Segundo de Civil y Mercantil del Carchi con el nro. 0012-2010, procedimiento con el que preten (**sic**) despojarle la posesión que sobre el inmueble sito (**sic**) en las calles Pichincha entre Colón Maldonado en la parroquia Tulcán de este Cantón, la mantiene Marcia Esthela Acosta. Por lo anteriormente expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, aceptándose el recurso de apelación se revoca la sentencia venida en grado y declarando procedente la demanda se concede el amparo posesorio a la demandante en los términos del art. 965 del Código Civil. Con costas. **Notifíquese.**

f) **Dr. Rodrigo Urresta Burbano, Juez. Dr. Guillermo Cadena Benavides, Juez. Dr. Carlos Hurtado Cadena, Conjuez.**

FALLO DE CASACIÓN

Resolución nro. 47-2013

En el juicio verbal sumario nro. 641-2011 de amparo posesorio seguido por Esthela Marcia Acosta contra Juan Carlos Rosero Villarreal, se ha dictado lo siguiente:

Juez Ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 28 de enero de 2013. Las 10h10.

VISTOS: Juan Carlos Rosero Villarreal dentro del juicio verbal sumario de amparo posesorio que sigue en su contra Marcia Esthela Acosta, propone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 11 de mayo de 2011, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, en la que se revoca la sentencia venida de grado y se

declara procedente la demanda. Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de haber sido constitucional y legalmente designados mediante resolución N° 4-2012 de 25 de enero del 2012, y la competencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analiza el recurso de casación y lo admite a trámite en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.** Argumenta el recurrente que las normas de derecho que se han infringido son los artículos: 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 962, 964, 965 del Código Civil y 31 de la Ley de Inquilinato. Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: ANÁLISIS PREVIO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO:** El Pleno de la anterior Corte Nacional de Justicia mediante resolución de fecha 21 de abril del 2010, publicada en el Registro Oficial N° 195, de 18 de mayo del 2010, con fundamento en el artículo 19 de la Ley de Casación y artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, creó el siguiente precedente jurisprudencial: *“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”*, Pleno que resuelve la procedencia del recurso de casación en los juicios posesorios como el presente. Por tanto, acorde lo establecido en el artículo 182 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial tiene efecto obligatorio, más de conformidad con el inciso tercero de la propia norma puede ser cambiado el criterio jurisprudencial. **CUARTO: MOTIVOS Y FUNDAMENTOS PARA LA NO APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SUSTENTACIÓN DEL CAMBIO DE CRITERIO: 4.1.** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia de acuerdo a los artículos 19 de la Ley de Casación y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, ocupando su deber de evolución y tratamiento de la jurisprudencia, mediante resolución No. 12-2012, de fecha 17 de octubre de 2012, dejó sin efecto el precedente jurisprudencial antes indicado; teniendo por antecedente la sentencia pronunciada en la causa No. 114-2008, la cual fue aprobada de forma unánime por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conforme lo

previsto por los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador y 182 inciso tercero del Código Orgánico de la Función Judicial. **4.2.** La razón de ser del antecedente jurisprudencial radica en dos argumentos: el primero, que “*los juicios posesorios son de conocimiento, pues su objeto es determinar la existencia de un hecho...*” (R.O. N° 195, 18 de mayo del 2010), lo que no es así, pues, las acciones posesorias tienen el propósito de resguardar y amparar los derechos de la posesión que se encuentran amenazados, por actos de estorbo o embarazo conforme lo regula el artículo 960 del Código Sustantivo Civil, “*Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos*”. En concordancia con el artículo 962 del mismo cuerpo de leyes, que determina: “*No podrá proponer acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no ininterrumpida un año completo. Para el ejercicio de la acción es suficiente la posesión material*”. De lo que se concluye, que el presente juicio de amparo de la posesión es una acción posesoria especial, cuya resolución no tiene el carácter de definitiva, si bien es un juicio de conocimiento, no tiene el carácter de perentorio y por ende no produce cosa juzgada. El Pleno, en el segundo argumento, se sustenta en que “*sus resoluciones son finales y definitivas y gozan de las características de cosa juzgada material, pues impide que el mismo asunto y entre las mismas partes, pueda ser nuevamente objeto de juicio*”. Sin entrar en mayor debate, el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, dispone: “*Las sentencias dictadas en estos juicios se ejecutaran, no obstante cualquiera reclamaciones de terceros, las que se tramitarán por separado. El fallo que se pronuncia respecto de dichas reclamaciones podrá rectificar la sentencia dictada en el juicio posesorio...*” (la negrilla es nuestra). De lo que se infiere, que cualquier otra reclamación propia o de terceros puede ser sustanciada por separado, inclusive dichas sentencias pueden ser rectificadas en estos juicios posesorios; y, conforme queda expuesto y así lo señala ampliamente 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). Por tal motivo, el juicio de amparo de la posesión al igual que los otros juicios posesorios (restitución de la posesión, obra nueva, obra vieja, despojo violento, etcétera) son un mero trámite en vía verbal sumaria, en el que se *litiga la posesión y no el dominio*, que para ello el legislador ha instituido las acciones respectivas como la de dominio y reivindicación. **QUINTO:**

5.1. NO CAUSAN COSA JUZGADA: El Código Procesal Civil en el artículo 297 establece 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 según Jaime Guasp: “*La cosa Juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuyendo 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, tercera edición corregida, tomo I, impreso por graficas Herón S.L., Madrid, 1968 pág. 548). Como lo expresa Fenech: “*No dos procesos sobre el mismo objeto*”, pues se atenta a la institución de la Cosa Juzgada, de conformidad con el principio jurídico universal -*Non bis in ídem*- (No dos veces sobre lo mismo), principio que ha sido acogido por la mayoría de legislaciones y por ende en la nuestra, (artículo 76 literal i) numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador). Por su parte, Ugo Rocco sostiene 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, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 314). Así pues, la Cosa Juzgada, según Hernando Devis Echandia, “*No es un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestado en la ley que regula*” (Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial S. R.L., Buenos Aires, 1985, pág. 562,565). Discernimientos que tutelan y auxilian a percibir la institución de la Cosa Juzgada en la doctrina. **5.2. LOS JUICIOS POSESORIOS SON DE CONOCIMIENTO PERO NO DEFINITIVOS:** Nuestra legislación ha catalogado a la posesión como la tenencia de una cosa, lo que significa el vínculo de la persona con la cosa, al que se une el elemento voluntario del *animus* para constituir la relación posesoria. Debemos tener en cuenta que el recurso de casación es de naturaleza extraordinaria, suprema y de derecho público como lo ha previsto el legislador, por lo tanto su interpretación es restrictiva. En tal virtud, conforme el inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación: “*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*” (Nos corresponde la negrilla). En casos como el presente de amparo de la posesión y en los juicios de restitución de la posesión, obra nueva, obra vieja y despojo violento se ha conservado el criterio que son procesos de conocimiento pero no definitivos, en los que no se discute la propiedad ni el dominio sino la posesión, ello lo ha confirmado la doctrina como la jurisprudencia al señalar 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 se mencionó, no son inmutables. Es puntual, entonces destacar el criterio del Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, para quien “*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 se 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 amparadas y protegida en el posesionario promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante solicitarle 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 o ponerle la excepción de *litis pendencia*.” (La posesión, s/e, impreso por Artes Gráficas Señal, Guayaquil-Ecuador, 2005, pág. 200-203). En doctrina el Dr. Eduardo Carrión Eguiguren ha distinguido que “La posesión es un hecho. En el sistema del Código, inspirado en la doctrina de Savigny y de Pothier, la tradición romana, la posesión es un hecho. Así la considera el Art. 734 al decir que la posesión es la tenencia de una cosa. El concepto legal significa que la posesión es una relación de hecho, un contacto de la persona con la cosa al que se le agrega el elemento intencional o *animus* para integrar la relación posesoria. La posesión es un hecho generador de derechos. El hecho posesorio produce, para el poseedor, consecuencias jurídicas llamadas “*Jura Possessionis*”, o sea derechos derivados de la posesión” (Curso de Derecho Civil, De Los Bienes, Tercera Edición, Ediciones Universidad Católica, Quito-Ecuador, 1979, págs. 211 y 212). A criterio de Ugo Rocco “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 II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1969, Pág. 322). Francisco Carnelutti de su parte expone que: “El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que tanto esta como aquel no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso definitivamente llamado petitorio” (Derecho Procesal Civil y Penal, Instituciones del Proceso Civil, Buenos Aires-Argentina, Editorial Jurídica Europa América, 1973, pág. 89). De manera que la doctrina establece la necesidad de que las decisiones sean concluyentes para que proceda el recurso de casación, ello no ocurre en los procesos posesorios. Humberto Murcia Ballén, en su obra Recurso de Casación Civil, página 174 sobre este tema, enseña 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”, nuestro legislador, como queda dicho, en el artículo 2 de la Ley de Casación así lo ha determinado. **DECISIÓN:** En virtud de lo expuesto, este Tribunal de 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**” rechaza el recurso interpuesto por cuanto no es susceptible de casación. Sin costas. **Léase, notifíquese y devuélvase.**

f). Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional. Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.

II

Juicio nro. 979-2011

Resolución nro. 106-2013

En el juicio ordinario prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesto por Frida Edelmira Mera Moreira contra Reina Samara Cevallos Zarate y otros.

SÍNTESIS:

La señora actora, presenta demanda en vía ordinaria la prescripción adquisitiva de dominio. El señor Juez a quo emite la correspondiente sentencia con el siguiente contenido; “...no habiendo probado conforme a derecho que la actora es la única poseedora del inmueble con ánimo de señora y dueña, por lo menos por quince años ininterrumpidos, y porque éste constituye parte de una sucesión intestada, se desecha la demanda...”, en apelación Corte Superior, acepta el recurso y revoca la sentencia. La demandada interpone recurso de hecho ante la negativa al de recurso de casación. Aceptado el mismo, la Sala de Casación estimó que el fallo recurrido no adolece de vicio alguno, por lo que, desecha el recurso y no casa el fallo.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO OCTAVO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Santo Domingo, 21 de septiembre del 2009. Las 10h00.

VISTOS: La señora FREDA EDELMIRA MERA MOREIRA, con sus generales de ley comparece ante este Órgano jurisdiccional a (fojas 6), y manifiesta “Desde antes del año de 1984, soy poseionaria y poseedora real de un lote de terreno, situado a la altura del km. 17^{1/2} de la vía Santo Domingo-Quevedo cantón Santo Domingo, actual provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, anterior provincia de Pichincha, que tiene una superficie de 41 ha. 30 áreas que de acuerdo con el certificado de gravámenes que acompaño aparece ser de propiedad de los herederos del señor FIDEL ALFONSO FIALLOS HARO inmueble que se encuentra circunscrito dentro de los siguientes linderos norte con lote nro. 21 del señor Hernán Reiner en 2.040 metros, rumbo S 48°E; sur con lote nro. 20 de la señora María Cecilia Cedeño, en 2.070 metros rumbo N 46°W este. Río Baba, en 280 metros según su curso; y oeste carretera Santo Domingo-Quevedo, en 165 metros. El inmueble referido que en su totalidad está cercado lo vengo manteniendo en forma pacífica, pública continua e ininterrumpida, y lo he aprovechado cuidándolo,

explotándolo y cultivándolo, actualmente tengo sembrado aproximadamente unas cuatro hectáreas de cacao de varias edades, una tres hectáreas de plátano poco más o menos, unas veinte y siete hectáreas de potreros, árboles frutales de aguacates guayabas, guaba, limón, matas de coco, de papaya y otros, habiendo además abonado, sembrado y cultivado también con productos de ciclo corto como son yuca, maíz, fréjol, etc. Para mi provecho personal y comercialización, existen construcciones como son una casa de madera de dos pisos y techo de zinc que en su planta baja está construida con cemento de dos cubos de agua y su patio encementado, otra construcción de cemento de dos pisos, una construcción de un solo piso, dos casas para trabajadores de cemento y una de madera con techo de zinc un establo con bodegas instalaciones de chancheras el inmueble posee energía eléctrica y además se ha aperturado una guardarraya de acceso, es decir que en todo momento he demostrado ánimo de señora y dueña del lote de terreno. Con estos antecedentes y fundamentada en lo dispuesto en los artículos 603, 715, 732, 2392, 2410, 2411, 2413 y más pertinentes del Código Civil, vengo ante usted y demando a los señores, Diego Alfonso Fiallos Freire, Marco Vinicio Fiallos Freire, Myriam Guadalupe Fiallos Ramos, Nelly Patricia Fiallos Mera y Edison Roberto Fiallos Mera, en su calidad de hijos y herederos del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. A los señores se les citará en la forma prevista en el libelo de demanda. Fija la cuantía en indeterminada". Por el sorteo de estilo la competencia quedó radicada en este Órgano jurisdiccional para su despacho. En escrito de fecha 30 de enero del 2008 (fojas 18), formula un alcance a la demanda inicial en el sentido de que han fallecido los señores Diego Alfonso y Marco Vinicio Fiallos Freire, dejando como herederos a sus hermanos señores Myriam Guadalupe Fiallos Ramos, Nelly Patricia Fiallos Mera y Edison Roberto Fiallos Mera y a la menor NN cuya representante legal es su madre la señora Reina Samara Cevallos Zarate, solicita que los mismos que sean citados de conformidad a lo previsto en el artículo 82 del C.P.C. Por cuanto el escrito que contiene la pretensión de la actora, cumplía con los presupuestos de admisibilidad previstos en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, en auto de fecha 22 de febrero del 2008 (fojas 21), fue admitida a trámite la demanda, en la vía ordinaria. Inscrita está en el Registro de la Propiedad Cantonal (fojas 21 vuelta). A continuación de fojas (22 a la 26) comparecen los señores Edison Roberto y Nelly Patricia Fiallos Mera; así como la señora Myriam Guadalupe Fiallos Ramos, quienes se allanan a la demanda propuesta en su contra, designan defensora y señalan domicilio judicial para notificaciones futuras. A (fojas 32), comparece la señora Renia Samara Cevallos Zarate, en defensa de los derechos de su hija NN, hija de uno de los demandados en la presente causa; proponiendo excepciones designan defensor y señala domicilio para las notificaciones futuras. Además, reconviene a la actora el pago de daños y perjuicios ocasionados, así como a la devolución del lote de terreno materia de la litis. En decreto

de fechas 28 de agosto del 2008, se dispuso que la demandada, previamente pague el valor de la tasa judicial correspondiente a la reconvencción y se aceptó a trámite dicha reconvencción. A (fojas 41), la actora contesta la reconvencción negando los fundamentos en que se sustenta la misma. El paso siguiente fue la celebración de la junta de conciliación (fojas 44), diligencia que no arrojó los fines esperados por falta de acuerdo entre los presentes. Legitimadas las intervenciones de los defensores de las partes procesales (fojas 45 y 46), y habiendo hechos que debían probarse, en decreto de fecha 13 de enero del 2009 se concedió término de diez días para la articulación de pruebas. Evacuadas todas las pruebas solicitadas por los justiciables llega la causa al estado de resolver y para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones de orden legal. **PRIMERO:** Por cuanto se han observado todas las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias (artículo 346 del C.P.C.) del proceso es válido. **SEGUNDO:** La litis quedó trabada con las excepciones formuladas por la parte demanda (**sic**). Es así que 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 resolverlo en ella (artículo 373 del citado cuerpo de leyes de procedimiento). **TERCERO:** Unas breves reflexiones en cuanto al importante tema de valoración de las pruebas columna vertebral de todo proceso. Son la demanda y la contestación a la demanda los actos procesales que introducen informaciones sobre hechos que el actor y el demandado apoyan su pretensión y excepciones, respectivamente. La carga de la prueba de estas afirmaciones se distribuye entre los dos litigantes conforme dispone el artículo 114 del citado cuerpo de leyes adjetivas. En la sentencia el Juzgador de instancia, mediante una operación intelectual analiza cada uno de los medios de pruebas aportados por las partes, las pesa y contrapesa y finalmente hace una valoración en conjunto, con sana crítica, esto es aplicando los principios de la lógica, de las ciencias y de la experiencia confirmadas por la realidad. En mérito de esta valoración el Juzgador llega al convencimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, de inexistencia de una cosa o la realidad de un hecho. La valoración y apreciación de la prueba viene a ser entonces el producto final de aquella operación intelectual. Pero esta valoración no queda al arbitrio del Juzgador, puesto que la ley determina normas precisas para el efecto normas que le obligan al Juzgador de instancia a valorar los medios de pruebas aportadas por las partes con determinado alcance, conforme a expreso mandato legal o conforme a las reglas de la sana crítica. Y, es que todo procedimiento, incluso el legal, debe estar sometido a reglas o principios que le permitan llegar a convicciones válidas, pero también enmarcadas dentro de los límites de la lógica y excluir lo absurdo y arbitrario. Según el autor colombiano Hernando Devis Echandía. Por valoración o apreciación de la prueba procesal se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Se trata de

una actividad procesal exclusiva del Juez... es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso han sido o no provechosos o perdidos e inútiles; si esa prueba cumple o no con el fin procesal al que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción del Juez” (Teoría General de la Prueba Judicial), cuarta edición tomo I, editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993, pág. 287). Se ha escrito que las reglas de la sana crítica son standards jurídicos que actúan como principios de la conducta humana a seguir, aunque no son normas jurídicas en sentido estricto, si lo son los artículos que se refieren a ella... La sana crítica es básicamente la aplicación de los principios del conocimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, en la equidad y en la justicia, y en los principios científicos del derecho. Así aunque el legislador no impone al Juez el resultado de la apreciación, si le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y éste no es otro que el de la razón y la lógica como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto criterios lógicos los que sirven al Juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba pero, también referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento, que aplique el jurisdiccional incluso sin darse cuenta y al hacer referencia a una materia que él no conozca específicamente. Para dicho autor, en definitiva, las reglas de la sana crítica, del criterio humano o del criterio racional no son más que un instrumento de la apreciación razonada de la libre convicción de la convicción íntima, de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba, llámase como se quiera. Es decir, la libertad de apreciación de la prueba dentro de la racionalidad. Como antes se dijo no es una valoración arbitraria sino regida por principios de la lógica, de la experiencia y del sano criterio. La motivación en cambio es una operación lógica fundada en la certeza y el Juez debe observar los principios lógicos supremos o “leves lógicas supremas” que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para saber cuáles son, verdaderos o falsos. Las leyes del pensamiento son leyes a priori, que independiente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio, como necesarias, evidentes e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Estas leyes están constituidas por la leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Principios estos que por su valor y alcance merecen un desarrollo conceptual amplio. **CUARTO:** “TERCERO. El artículo 2392 (ex 2416) del Código Civil expresa: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción”. Concordante el artículo 2398 ibídem, expresa que “salvo las excepciones que establece la

Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles que están en el comercio humano, y que se han poseído con las condiciones legales. De las expresiones de la ley, aparecen con claridad los requisitos esenciales para que sea procedente y estos son: 1) Que el inmueble que se pretende adquirir esta en el comercio humano esto es, que no tenga prohibición legal para la transferencia del dominio. El doctor A. Arroyo del Río, en la obra “Estudios Jurídicos de derecho Civil”, tomo I, página 80 reproduce al respecto, la opinión del tratadista Cemente de Diego, en su obra “Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral”, tomo III, página 281 en que expresa: “En la prescripción se trata, como sabemos, de ganar el dominio sobre una cosa, subsanado el vicio o defecto que ha tenido lugar en su adquisición. Despréndase de aquí que sólo las cosas susceptibles de apropiación y de dominio particular pueden ser objeto de prescripción, y como opera un cambio de dominio habrá de ser susceptible también de cambiar de dueños, en cuyo supuesto las cosas inalienables mientras lo sean, no serán prescriptibles...” 2) Que se haga una completa y cabal descripción del bien que se pretende prescribir y si este se trata de un inmueble, la debida singularización con la indicación de sus linderos, extensión o circunstancias que lo determinen. 3) Que el titular de dominio del inmueble cuya adquisición se pretende es el demandado, por que “no se puede usucapir contra cualquier o contra nadie, sino contra el verdadero y real dueño del bien, de lo contrario el fallo que la declare no surtirá el efecto de perder el dominio, en razón del principio del efecto relativo de la sentencia, de recibo en el Art. 301 (ahora 297) del Código de Procedimiento Civil...” conforme el fallo publicado en el R.O. 23 del 11-IX-96. 4) Que el pretendiente ha estado en posesión, por el tiempo exigido por la ley, sin interrupción. El artículo 715 del Código Civil define a la posesión como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”. Según el texto de la ley, componen la posesión dos elementos, la tenencia de la cosa debidamente determinada y el ánimo de señor y dueño. La tenencia es el elemento material la que pone a la persona en contacto con la cosa permitiéndole aprovecharla y ejercer en ella un poder de hecho, el ánimo de señor y dueño es el elemento formal que le da sentido jurídico a la tenencia. La doctrina así lo considera Baudry Lacantinerie en el Tomo XXVIII, pág. 177, de su “Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil” nos enseña “no se puede adquirir la propiedad de una cosa, dice Pothier, sin tener la voluntad de poseerla. Nosotros hemos dicho a este respecto que la detención sine ánimo domini, no constituye en nuestro derecho una posesión en el sentido jurídico de la palabra...” y en la página 211 agrega: “Para poder prescribir es necesario poseer el ánimo domine, es decir a título de propietario, o de una manera más general, a título de propietario del derecho que se pretende adquirir por prescripción. Esta no es solamente

una simple cualidad de la posesión es a nuestro juicio en el sistema que inspiró (sic) cita del doctor Víctor Manuel Peñaherrera en su obra “La posesión” la tenencia en cambio, surge siempre de una situación jurídica, supone en su origen un título jurídico”. Este es el pensamiento de nuestro alto Tribunal de justicia sobre el tema de debate procesal consignado en la Resolución nro. 107-2006. Juicio nro. 202-2003. Juicio ordinario de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesto por Luz Alejandrina Chalco contra Zoila Duchimaza Cando. Gaceta Judicial nro. 2 serie XXVIII, (fojas 443 y 444). Recurso de Casación. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. **QUINTO:** Conforme el marco legal, la doctrina y jurisprudencia abundante y uniforme sobre el tema en estudio, para la procedencia de la demanda deben cumplirse inexorablemente ciertos presupuestos legales, cuya omisión de uno o más de ellos, acarrea el rechazo de la demanda. Pensamiento que el suscrito aplica a todos los casos que le ha correspondido y le corresponde conocer. Y, podemos resumirlos en los siguientes a). Posesión de la cosa litigiosa en las condiciones exigidas por nuestro Derecho Material: b) Que esta posesión haya durado como mínimo quince años: c) Que en la causa se haya contado con legítimos contradictores, que no pueden ser otros, sino quienes asoman como titulares del derecho de dominio de la cosa litigiosa en el certificado que obligatoriamente el actor debe incorporarlo al proceso. Y de no ser así, por tratarse de una información importante el Juzgador debe recabarlo en uso de la facultad contemplada en el Art. 118 del C.P.C. En la especie en estudio, del certificado que obra a (fojas 3) de los autos se desprende que el inmueble materia de la litis por lo menos a la fecha 07 de diciembre del 2007 fue de propiedad del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, quien habiendo fallecido la acción se ha dirigido en contra de sus herederos conocidos, presuntos y desconocidos, es decir se ha contado en la controversia con legítimos contradictores en el pleito presupuesto esencial para la trabazón de la litis; d) Que la cosa se encuentre dentro del comercio humano. Porque de lo contrario, habría ilicitud de causa y objeto, situaciones prohibidas por nuestro Derecho Público Ecuatoriano; y, e) Debida singularización de la cosa. Esto es, con sus señales particulares, linderos y dimensiones; de faltar uno de estos requisitos la demanda no prospera. **SEXTO: DE LA PRUEBAS APORTADAS POR LOS JUSTICIABLES.** Así tenemos: a) La demandada en su escrito de contestación a la demanda y mas recaudos procesales, adujo que el causante Fidel Alfonso Fiallos Haro, fue conviviente de la actora Freda Edelmira Mera Moreira; fruto de cuyas relaciones procrearon a sus hijos Edison Roberto y Nelly Patricia Fiallos Mera, quienes al momento del fallecimiento de su padre eran menores de edad y se hallaron representados por su madre. Que la unión de hecho como institución está amparada por la Constitución de la República (art. 68) y por nuestra Legislación Civil (arts. 222 y ss del C.C.) siendo así, esta debía probarse conforme a derecho, lo cual de los autos no aparece, pero sí de las partidas de nacimiento que obran a (fojas 82 y

83) de los hijos por ellos procreados Nelly Patricia y Edison Fiallos Mera. Estos en una postura poco clara e inexplicable. Comparecen a (fojas 22), se dan por citados con la demanda y se allanan a su contenido, pronunciamiento que ha merecido el reconocimiento de sus firmas y rúbricas e igual postura asume la demandada Myriam Guadalupe Fiallos Ramos. b) Por derecho de representación la menor NN tiene la calidad de heredera del causante y a la vez demanda en esta causa, misma que ha sido representada por su madre Renia Samara Cevallos Zárate. Que el demandado Edison Roberto Fiallos Mera hijo de la actora, ha presentado a los legisladores del Código Civil, un elemento constitutivo”. Por su parte el profesor Jean Carbonnier en su “Derecho Civil” tomo II. volumen I, página 212 nos dice: El principio generalmente admitido es que la propiedad representa el derecho en tanto que la posesión se corresponde con el hecho, por lo que, desde este punto de vista, la posesión viene a ser la sombra de la propiedad. Con mayor precisión puede definirse la posesión como el señorío de hecho, es decir el poder físico que se ejerce sobre una cosa, coincida o no con el señorío jurídico representado por la propiedad, pues sucede muy a menudo que la posesión -aún hallándose- dotada de caracteres que la distinguen racionalmente del dominio puede concentrarse con él, en el mismo sujeto...”. Más adelante, en página 214 agrega: “El análisis tradicional viene distinguiendo dos elementos en la posesión que son el corpus o elemento material y el animus o elemento psicológico: a) Elemento material el corpus de la posesión consiste en la realización de actos materiales sobre la cosa, es decir actos de señorío jurídico como los que puede llevar a efecto el propietario. Ha de tratarse de actos exclusivamente materiales, pues la realización de actos jurídicos (por ejemplo: la venta o el arrendamiento) carecería de relevancia en punto a la posesión toda vez que para llevarlos a efecto no se precisa la cualidad de poseedor y sus incidencia tiene lugar respecto al derecho de la propiedad y no de la cosa. Nadie duda que el propietario que ha perdido la posesión de uno de sus bienes pueda enajenarlos válidamente. b) El elemento psicológico. El animus conforma a la opinión más corriente es el animus domini o sea la voluntad de conducirse como propietario de la cosa, con carácter absoluto y perpetuo, sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos ni efectuar reintegración alguna... En defecto de animus domini, la sola concurrencia del corpus les priva de la calidad de verdaderos poseedores ya que únicamente se les reputa de meros detentadores de la cosa. En el mismo sentido se han pronunciado las diferentes Salas de Casación de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y entre estos el dictado por la Sala en la Resolución nro. 2334-2000 publicada en el R.O. nro. 109 de 29 de junio del 2000, en cuyo considerando cuarto se expresa. “El Art. 734 (ahora 715) del Código Civil determina como elementos constitutivos de la posesión el corpus y el animus domini. El corpus es el elemento físico material de la posesión: es la aprehensión material de la cosa y el hecho de estar en la misma potestad o discreción de la persona. El corpus es la relación de hecho existente entre la persona y la

cosa. El conjunto de actos materiales que se están realizando continuamente durante el tiempo que dura la posesión. El corpus constituye, pues, la manifestación visible de la posesión, la manera de ser comprobada por los sentidos. El animus es el elemento psíquico, de voluntad que existe en la persona, por el se califica y caracteriza la relación de hecho; sirve, por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa; es la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre e independiente de la voluntad de otra persona y en función del derecho correspondiente es la voluntad de conducirse como propietario sin reconocer dominio alguno. La posesión y la mera tenencia se distinguen en que mientras en la primera existe con independencia de toda situación iure. “se posee por que se posee” según dispone el Código Civil Argentino demanda de inventarios del único bien dejado por el causante, el mismo que es materia de esta controversia, cuya competencia se ha radicado en el Juzgado Décimo Noveno de lo Civil de esta Jurisdicción cantonal, según se aprecia de las copias xerox certificadas del juicio nro. 518-08C (fojas 77 a la 144) La demanda de inventarios se presenta en la Oficina de Sorteos de la Función Judicial con fecha 078 de julio del 2008, en tanto que, el escrito de comparecencia a juicio y allanamiento a la demanda se presenta con fecha 22 de abril del 2008 (tres meses antes), conducta procesal vacilante; y, c) Cómo en la nómina de demandados está la menor NN, cabe referirnos si a favor de ella se suspendió la prescripción. La suspensión de la prescripción, es beneficio establecido por la ley a favor de ciertas personas, en cuya virtud la prescripción no corre en contra suya (menores, dementes, sordos o sordomudos y todos aquellos que estén bajo tutela o curaduría). Y, de la herencia adyacente y entre cónyuges que siempre se suspende; esto hablando de la prescripción ordinaria (art. 2409 del Código Civil). Hay un paralelo entre interrupción y suspensión de la prescripción. **“Semejanza: 1). Ambas instituciones se parecen en que ellas actúan sobre el transcurso del tiempo de la prescripción, en beneficio del acreedor y perjuicio del prescribiente. 2) Tanto la una como la otra deben ser probadas por el acreedor que las alega. Diferencias: 1). En interrupción las partes rompen el silencio de la relación jurídica; la suspensión es un beneficio concedido por la Ley, a personas que considera imposibilitadas para poner fin a dicha actividad. Por lo tanto, la primera supone una actuación del acreedor o de ambos, mientras que la suspensión opera de pleno derecho. 2). La suspensión puede operar a favor de cualquier persona, la interrupción, institución de excepción sólo a beneficio del acreedor incapaz que la Ley se la otorga. 3) La interrupción hace perder todo el tiempo de la prescripción, la suspensión impide que ella corra, pero no pierde el plazo va transcurriendo. 4). La interrupción no limitación de plazo, mientras la suspensión no se tome en cuenta pasados 10 años, y, 5) La interrupción es común a toda prescripción mientras la suspensión no tiene lugar en algunas de ellas”** (Derecho Civil en Preguntas y Respuestas. Tomo I. 12 Edición 2007. Editorial Jurídica

“Congreso”. Página 597 autor abogado Aníbal Cornejo Manríques). Más, entratándose de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio no se suspende a favor de las personas enumeradas en el artículo 2409 del invocado cuerpo de leyes sustantivas (artículo 2411 ibídem). **SÉPTIMO: DE LA RECONVENCIÓN.** En el escrito de formulación de medios de defensa (fojas 32), la demandada señora Renia Samara Cevallos Zárate en la calidad que compareció a juicio, alegó la devolución del lote materia de la controversia y el pago de los daños y perjuicios ocasionados. De acuerdo a nuestro sistema legal la reconvencción es una verdadera demanda que para su admisibilidad debe cumplir con los requisitos determinados en el artículo 67 del C. P. C. En la especie en estudio, sin embargo de que la Judicatura en decreto expedido con fecha 19 de agosto del 2008 (fojas 38), requirió de la parte demandada complete y concrete su pretensión para que se fijen los límites en términos diáfanos, en escrito que obra a (fojas 38) se refirió a otros temas relacionados con la litis, pero no al tema de la reconvencción. A la fecha de presentación de la reconvencción, estuvo vigente el Reglamento de Fijación de Tasas Judicial aprobado por el Consejo Nacional de la Judicatura, por eso, en decreto de fecha 28 de agosto del 2008 (fojas 40), se requirió de la demanda el pago de la tasa judicial respectiva, sin que haya dado cumplimiento. Sin embargo de acuerdo a fallos de triple reiteración expedidos por la Ex-Corte Suprema de Justicia, que es materia vinculante y obligatoria, la falta de pago de la tasa judicial no obsta para la sustanciación de las causas. Si la devolución, vocablo utilizado por ella lo tomamos como sinónimo de restitución para su procedencia debía cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 933 y ss. del Código Civil. En autos no hay prueba sobre este punto principal ni tampoco sobre los daños y perjuicios reclamados. En concreto por los razonamientos expresados estas dos pretensiones quedan desestimadas. **OCTAVO:** La prueba testimonial, inspección judicial e informe pericial, han permitido determinar la singularización de la cosa litigiosa, pero por si solos no prueban la posesión regular pacífica y con ánimo de señora y dueña por más de 15 años que exige nuestro ordenamiento jurídico. Por los razonamientos que preceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** no habiendo probado conforme a derecho que la actora es la única poseedora del inmueble con ánimo de señora y dueña, por lo menos por quince años ininterrumpidos, y porque este constituye parte de una sucesión intestada, se desecha la demanda. La reconvencción y los daños y perjuicios reclamados por la demandada quedaron resueltos en el considerando séptimo de la presente resolución. Con costas. En trescientos dólares se regulan los honorarios del defensor de la demandada por su trabajo en la instancia. Por Secretaría, se hará el descuento del 5% para el Colegio de Abogados de esta Provincia. Ejecutoriada la sentencia, déjese sin efecto la inscripción de la demanda dispuesta en el auto de fecha 22 de febrero del 2008 (fojas

21), debiendo par (**sic**) el efecto notificarse al titular de dicha dependencia pública. **Hágase saber.**

f) **Dr. Edgardo Lara Averos, Juez.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Juez Ponente: Dr. Carlos Julio Balseca.

SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSACHILAS. Santo Domingo, a 20 de junio del 2011. Las 15h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento en la presente causa como Jueces Titulares de la Sala. La actora Freda Edelmira Mera Moreira, interpone recurso de apelación de la sentencia dictada por el señor Juez Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha, mediante la cual desecha la demanda. Estando la causa para resolver se considera: **PRIMERO. COMPETENCIA.** De conformidad con el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.** De conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República, debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas, entre las que se encuentran el derecho a la defensa, que comporta no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales, no se observa haberse transgredido tales derechos y garantías ni violado solemnidad sustancial, por lo que se declara su validez. **TERCERO. ANTECEDENTES:** La señora Freda Edelmira Mera Moreira comparece a juicio y en su libelo manifiesta que: desde antes del año de 1984 es poseedora de un lote de terreno situado a la altura del km. 17^{1/2} de la vía Santo Domingo–Quevedo, jurisdicción del cantón Santo Domingo, actual provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, anterior provincia de Pichincha, de una superficie de 41 hectáreas 30 áreas de cabida, que de acuerdo al certificado de gravámenes que acompaña, aparece ser de propiedad de los herederos del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, inmueble circunscrito dentro de los siguientes linderos y dimensiones: norte: Con lote nro. 21 del señor Hernán Rejner, en 2.040 metros, rumbo S. 48° E; Sur: con lote nro. 20-A de la señora María Cecilia Cedeno, en 2070 metros, rumbo N. 46° W; este Río Baba en 280 metros, según su curso; y, oeste: carretera Santo Domingo-Quevedo en 165 metros; que mantiene el predio en forma pacífica, pública, continua e ininterrumpida, que lo ha aprovechado, cultivándolo, cuidándolo, explotándolo, que actualmente tiene sembrado unas cuatro hectáreas de cacao de varias edades; tres hectáreas de plátano, veinte y siete hectáreas de potreros, árboles frutales de aguacates, guayaba, guaba, limón papaya y otros, habiéndolo abonado, sembrado y cultivado también con productos de ciclo corto, con son

yuca, maíz, fréjol, etc., que estos productos han sido para su provecho personal y comercialización que existen construcciones, una casa de madera de dos pisos con techo de zinc, su planta baja está construida de cemento con dos cubos o pozos de agua y el patio es de cemento, otra construcción de cemento, de dos pisos, una construcción de un solo piso, dos casas para trabajadores de cemento y una de madera con techo de zinc; un establo con bodegas; instalaciones de chancheras; que el inmueble posee energía eléctrica y además hay una guardarraya de acceso, es decir que en todo momento ha demostrado su ánimo de señora y dueña del lote de terreno, por lo que solicita se declare la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble a su favor: que la acción está dirigida en contra de los herederos del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, propietario del inmueble, por haber fallecido, de sus herederos Nelly Patricia Fiallos Mera, Edison Roberto Fiallos Mera, Myriam Guadalupe Fiallos Ramos. Además, de Diego Alfonso Fiallos Freire hijo en calidad (**sic**) heredero del propietario del inmueble, quien fallece sin dejar descendencia, en su representación intervienen sus mencionados hermanos, quienes se allanan a la demanda de prescripción adquisitiva de dominio deducida por la señora Freda Edelmira Mera Moreira; y, de Marco Vinicio Fiallos Freire hijo y heredero del señor Fidel Alfonso Fiallos quien fallece dejando a su hija NN, menor de edad, como su heredera, en su nombre y representación interviene su madre la señora REINA SAMARA CEVALLOS ZARATE, quien se opone a la demanda, expresando que la accionante ha mantenido el inmueble materia de la litis en su condición de mera tenedora y su arbitraria pretensión se debe al hecho de haber sido conviviente del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, quien falleció el treinta de noviembre del año de mil novecientos ochenta y ocho. Con esta fundamentación, deduce las excepciones de fojas 32 y 32 vuelta. **CUARTO. FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE.** El recurso se encuentra fundamentado por la recurrente Freda Mera Moreira a fojas 3 en esta instancia quien manifiesta: "...La única verdad que tiene el juzgador para resolver la causa, es lo que consta en el proceso, es decir, el mérito procesal, y aunque este tenga conocimiento personal o por cualquier circunstancia procesal o extraprocesal de la existencia de otros hechos, si éstos no constan acreditados en el proceso, simplemente no existen. Sobre el fondo del asunto materia de la litis, se deben hacer varias acotaciones de orden legal, entre éstas: a) El artículo 2392 del Código Civil, determina que "Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción. b) En nuestra legislación existen dos clases de prescripciones adquisitivas: 1. La ordinaria que está regulada por los artículos 2407 y 2408 del Código Civil y que para el presente caso no interesa, y; 2. La extraordinaria que está regulada por los artículos 2410, 2411, 2397 y otros, que es el caso presentado en esta

acción. Para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la parte actora debe justificar la posesión material, es decir la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, la buena fe en la posesión en el este (sic) caso se presume; y, que haya transcurrido por lo menos quince años sin interrupción del hecho de la posesión legal. La posesión necesaria para obtener la prescripción es aquella en la cual concurren el corpus y el animus esto es, la posesión de la cosa para sí, de tal modo que habrá posesión cuando una persona tenga bajo su poder con intención de someterla al ejercicio del derecho de propiedad, pues la posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con intención de tenerla como suya. La sentencia dictada por el Juez a quo en la que desecha la demanda propuesta se fundamenta en que: “La prueba testimonial, inspección judicial e informe pericial, han permitido determinar la singularización de la cosa litigiosa, pero por si solos no prueban la posesión regular, pacífica y con ánimo de señora y dueña por más de 15 años que exige nuestro ordenamiento jurídico; por lo que no habiendo probado conforme a derecho que la actora es la única poseedora del inmueble con ánimo de señora y dueña, por lo menos por 15 años ininterrumpidos y porque éste constituye parte de una sucesión intestada, desecha la demanda.” Estos argumentos carecen de validez, pues consta procesalmente acreditado que el propietario inicial del predio materia de la acción fue el señor Teodoro Zamora, quien además fue esposo de la accionante, que desde su fallecimiento hasta la actualidad, el predio siempre se ha encontrado en posesión de la señora FRED A EDELMIRA MERA MOREIRA, es decir que la poseionaria nunca perdió la posesión y la mantuvo en forma ininterrumpida con ánimo de señora y dueña, aprovechando y realizando actos que solamente el propietario puede hacerlo, resulta por lo mismo inadmisibile que se diga en la sentencia apelada que la compareciente no ha justificado conforme a derecho, ser la única poseedora con ánimo de señora y dueña. Si alguna otra persona hubiere creído tener derecho o hubiere tenido algún derecho, habría propuesto alguna acción civil en su contra ya sea demandado la reivindicación o cualquier demanda, pero procesalmente no consta acreditado, que se hubiere formulado tal demanda o reclamo, anotando que en el transcurso de la acción propuesta en contra de los herederos del señor FIDEL ALFONSO FIALLOS HARO, fallecen dos de sus herederos, sus hijos los señores DIEGO ALFONSO FIALLOS FREIRE, MARCO VINICIO FIALLOS FREIRE, por lo que se demandó también a los herederos de los mencionados señores. Es de anotar que inclusive nuestra legislación establece que se puede proponer demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en contra de condóminos o coherederos, conforme lo determinan múltiples fallos dictados por la Ex Corte Suprema de Justicia y que adjunto al presente por lo que también es forzado el argumento constante de la sentencia de que el bien inmueble cuya prescripción se demanda, constituye parte de una sucesión intestada”. **De igual forma la cónyuge del heredero Marco Vinicio Fiallos Freire, señora Reina Samaria Cevallos Zarate,** ha contestado el traslado según escrito de fojas 7 de la instancia, quien manifiesta: “...He manifestado en la contestación a esta

demanda y he justificado dentro del proceso que la demanda presentada por FRED A EDELMIRA MERA MOREIRA, es maliciosa y temeraria, por lo que existe mala fe de parte de esta, ya que era conviviente del finado FIDEL ALFONSO FIALLOS HARO, el mismo que falleció sin otorgar testamento el primero de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho y, a quien, heredaron mi recordado cónyuge MARCO VINICIO FIALLOS FREIRE y mi recordado cuñado DIEGO ALFONSO FIALLOS FREIRE, y también los hijos de la actora de esta demanda y también demandados por su madre la actora señores EDISON ROBERTO Y NELLY PATRICIA FIALLOS MERA, ahora confabulados con esta para apropiarse indebidamente de un bien hereditario, con el ánimo de perjudicar los derechos sucesorios que le corresponden a mi pequeña hija NN, quien es heredera universal de los bienes dejados por su padre Marco Vinicio Fiallos Freire, así como por representación de su padre, de los bienes dejados por Diego Alfonso Fiallos Freire, bienes entre los que se encuentra el pretendido por la actora en este juicio. He dejado demostrado dentro del proceso que no es verdad señor Juez que la actora haya estado en posesión pacífica, pública, continua e ininterrumpida del lote de terreno materia de la presente acción, como manda la ley, sino que más bien, la mera tenencia del bien y su arbitraria pretensión ahora se deben al hecho de que fue conviviente del finado FIDEL ALFONSO FIALLOS HARO, padre de sus hijos y ahora demandados EDISON ROBERTO y NELLY PATRICIA FIALLOS MERA, quienes por ser menores de edad en el tiempo de fallecimiento de su padre estaban representados por la actora como madre de los entonces menores de edad tantas veces mencionados y que sospechosamente ahora se allanan a la demanda presentada por su madre (actora de este juicio) porque les conviene, ya que en el caso no consentido por mí, pasarían a ser los propietarios de la totalidad del inmueble materia de este juicio. También ha quedado demostrado dentro del proceso señor Juez, que es falso que la actora haya introducido mejoras que aduce en su improcedente demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en virtud de que todas esas mejoras, sembríos de árboles frutales, y construcciones lo realizó en vida el finado FIDEL ALFONSO FIALLOS HARO padre de mi marido Marco Vinicio Fiallos Freire, hasta el último día de su vida, situación de la cual hasta la actualidad se ha venido aprovechando Freda Edelmira Mera Moreira, en calidad de mera tenedora, por ser la madre y representante legal de sus hijos Edison Roberto y Nelly Patricia Fiallos Mera, herederos también del mencionado Fidel Fiallos Haro. Por lo tanto señor Juez he demostrado todas y cada una de mis excepciones propuestas como son: a) La falta de derecho de la actora para haber planteada esta demanda, en virtud de que ha sido y es una mera tenedora del bien inmueble, por representación de sus hijos menores de edad a la fecha del fallecimiento de Fidel Alfonso Fiallos. b) He demostrado también que es ir procedente esta acción, en razón de que para proponer la misma haya que ser poseionaria y no mera tenedora como lo es la actora Freda Mera Moreira, por los derechos hereditarios de sus hijos, es decir se encuentra confundida y más aún si en lo posterior sus hijos a quienes represento cuando eran menores de edad, van a ser parte

de un juicio de partición de los bienes dejados por el difunto Fidel Alfonso Fiallos Haro y mis recordados cónyuge Marco Vinicio y cuñado Diego Alfonso Fiallos Freire. c) Ha quedado demostrado que existe objeto y causa ilícita ya que con esta demanda se trata de perjudicar a mi hija Renia María Fiallos Cevallos, representada legalmente por la compareciente como madre que soy, ya que es heredera universal de los bienes dejados por su difunto padre Marco Vinicio Fiallos Freire, y al pretender obtener por la presente acción el dominio de algo que es parte del haber hereditario de sus propios hijos, así como de los hijos de su ex conviviente; y, ahora de manera maliciosa y temeraria quiere obtener título de algo que no le corresponde, ni le asiste la razón, peor aún la Ley. La actora por su parte no ha demostrado nada en absoluto sobre su pretensión, tratando de hacer creer inicialmente que el bien inmueble materia de esta acción ha sido de su primer cónyuge, cuando se ha demostrado claramente que existe un título escriturario a nombre del padre de mi cónyuge el mismo que lo adquirió mediante adjudicación del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización IERAC, según acta dictada el 17 de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve e inscrita el catorce de enero de mil novecientos setenta. Vale hacer notar señor Juez de sustanciación que la misma actora de este juicio en su demanda reconoce que esta propiedad pertenece a los herederos del señor FIDEL ALFONSO FIALLOS FREIRE, es decir a sus hijos, y que por lo tanto como ex conviviente del finado Alfonso Fiallos Freire, únicamente ha sido mera tenedora del bien inmueble que pretende prescribir con esta acción. En tal virtud la actora FREDA EDELMIRA MERA MOREIRA, no ha podido comprobar dentro de este juicio que su posesión ha sido con el ánimo de señor y dueño, pues no existe la conjunción de los elementos consustanciales, como son el material que es el corpus y el intencional que es el animus, pues lo que aquí existe son actos de mera facultad y mera tolerancia, que no se necesitan del consentimiento del otro, y estos elementos no pueden concurrir, tratándose como en este caso de bienes hereditarios de sus hijos, es decir no puede alegarse prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de los padres contra los hijos o viceversa, pues la posesión de uno y otros va en beneficio de la unidad familiar correspondiente".

QUINTO. APRECIACIÓN DOCTRINARIA; Y CONSIDERACIONES DE LA SALA. La posesión y la mera tenencia son instituciones jurídicas que tienen como elemento común la materialidad o corpus; el mero tenedor ostenta la tenencia del bien en lugar o a nombre del dueño, siempre en ejercicio de un derecho que proviene de un título de orden jurídico, ya sea como usufructuario, arrendatario, comodatario, en anticresis o prenda, entre otros derechos; en cambio la posesión se ejerce como un poder de hecho que se traduce en la voluntad de conservar la cosa para sí mismo, de modo independiente. libre de la voluntad de otra persona, sin reconocer derecho ajeno, como señor y dueño; esta relación de hecho se traduce en actos materiales ejecutados de manera continua durante el tiempo que se ejerce el uso y goce del bien poseído, se pierde la posesión únicamente cuando otra persona se apodera de ella, dentro de este esquema jurídico debe orientarse el presente juzgamiento de

acuerdo como se ha trabado la litis. **SEXTO.** De acuerdo a lo preceptuado por el Art. 2398 del Código Civil, se puede ganar por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles que están en el comercio humano y que han sido objeto de posesión tranquila e ininterrumpida por quince años, entre éstos los derechos sucesorios, genera como consecuencia la extinción del dominio y la adquisición de este derecho del poseedor criterio jurídico que se evidencia del fallo de 28 de enero de 1976, publicada en la Gaceta Judicial nro. XII, nro. 11, página 2387, que expresa: "Los derechos sucesorios están dentro del comercio humano, en consecuencia son susceptible de ser adquiridos por prescripción", en el presente caso, la posesión detentada por la señora Freda Edelmira Mera Moreira es anterior a la fecha de adquisición del dominio por parte del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, ha perdurado durante la vida del titular del dominio y después de su fallecimiento acaecido el treinta de noviembre del año de mil novecientos ochenta y ocho, de donde se presume, que no se ha modificado la tenencia, uso y goce del inmueble no obstante haberse celebrado un título traslativo de dominio, respetándose el estado posesorio, situación que ha continuado con posterioridad al fallecimiento del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, por más de quince años, cuando el predio correspondía a sus hijos Nelly Patricia Fiallos Mera, Edison Roberto Fiallos Mera, Myriam Guadalupe Fiallos Ramos, Diego Alfonso Fiallos Freire y Marco Vinicio Fiallos Freire, hasta el catorce de diciembre del dos mil siete en que ha sido presentada la demanda en la sala de sorteos, en este lapso ninguno de los herederos han reclamado la posesión del inmueble a través del ejercicio de las acciones de dominio, en estas circunstancias se trasmite el derecho de los fallecidos Diego Alfonso Fiallos Freire y Marco Vinicio Fiallos Freire a sus herederos, hecho ocurrido el siete de enero del dos mil ocho, entre estos herederos, hecho ocurrido el siete de enero del dos mil ocho, entre estos herederos la menor Reina María Fiallos Cevallos representada por su madre REINA SAMARA CEVALLOS ZARATE. El hecho de que la accionante Freda Edelmira Mera Moreira haya procreado hijos con el señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, titular de derecho de dominio del predio sobre el cual versa la acción de prescripción adquisitiva, en nada puede perjudicarle al derecho ya detentado por la posesionaria, cuanto más que, el estado de convivencia ha sido anterior a los quince últimos años, en que ha operado la prescripción. **SÉPTIMO:** Por disposición del artículo 2411 del Código Civil, el tiempo necesario para adquirir el dominio de los bienes por prescripción extraordinaria, es de quince años contra toda persona, sin que se suspenda a favor de las enumeradas en el artículo 2409, en esta limitación no está comprendida la relación familiar por matrimonio, unión de hecho ni concubinato, tampoco por la edad de los accionados, como considera de manera errada el fallo recurrido, puesto que la suspensión de la prescripción a favor de las personas menores de edad prevista por el artículo 2409 del Código Civil, comprende exclusivamente a la prescripción ordinaria, distinta de la prescripción extraordinaria

que comprende la presente acción. **OCTAVO: ANÁLISIS DE PRUEBAS PRESENTADAS.** La posesión material existe con independencia de toda situación jurídica, es un poder de hecho, que debe justificarse según lo preceptuado por el artículo 969 del Código Civil que especifica: "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Revisado el proceso se constata: a) De fojas 59 a 60 consta el acta de inspección judicial, practicada por el Juez de la causa, con la intervención del perito Roberto Carlos Macías Chávez, en el inmueble materia de la litis en esta diligencia, el Juzgado en sus observaciones y el perito en su informe, hacen constar: linderos y dimensiones: norte: lote nro. 21 de Hernán Reiner en 2040 metros, rumbo S 48° E; sur: lote nro. 20 A de María Cecilia Cedeño en 2070 metros rubro N. 46° W; este; Río Baba en 280 metros, según su curso ; y oeste: Carretera Santo Domingo-Quevedo en 165 metros. Cultivos: 35 hectáreas de potreros con sus divisiones, tres hectáreas de cacao, tres punto treinta hectáreas entre café, plátano, yuca, árboles frutales propios de la zona. Construcciones: una casa mixta de bloque y madera, otra de hormigón armado, bloque de cemento y una construcción mixta de bloque de madera, un corral de ganado con cubierta de zinc, una casa para trabajadores. Servicios: luz, agua de cubo, pozo séptico. Se especifica en esta acta, que la actora se encuentra ocupando el inmueble materia del juicio y de esta diligencia. El informe pericial de fojas 61 es puesto en conocimiento de las partes, en providencia de 17 de abril del 2009 a las 15h55, aprobado en providencia de 7 de mayo del 2009, dictada a las 15h40, por no haber formulado observaciones las partes procesales. b) Los señores Mérida Colombia Rivas Fernández a fojas 50, Edelmira Margarita Cevallos Mera a fojas 50 vuelta, Roberto Sabino Choez Lino a fojas 51 y Eufracio Wilfrido Andrade Ramos a fojas 54 vuelta, rinden sus testimonios y de manera uniforme y concordante expresan que la accionada Freda Mera Moreira, mantiene la posesión del inmueble materia de la controversia desde antes del año 1984, en forma pacífica, ininterrumpida como señora y dueña, expresando además que las mejoras introducidas en el predio han sido realizadas por ella. c) A fojas 68 consta la certificación confeda por el Director de Comercialización de la CNEL Santo Domingo, la misma que justifica que la señora Freda Edelmira Mera Moreira, con fecha 30 de abril de 1993, instaló el medidor de energía eléctrica, en el inmueble ubicado en el kilómetros 17 de la vía Santo Domingo-Quevedo. d). A fojas 9 consta la partida de defunción de Fidel Alfonso Fiallos Quevedo. d). A fojas 9 consta la partida de defunción de Fidel Alfonso Fiallos Haro, acaecido el día 30 de noviembre de 1988 e) A fojas 13, 82, 82 vuelta, 83, constan las partidas de nacimiento de los señores: Marco Vinicio Fiallos Freire, Diego Alfonso Fiallos Freire, Miriam Guadalupe Fiallos Ramos, Nelly Patricia Fiallos Mera y Edison Roberto Fiallos Mera, hijos del señor

Fidel Alfonso Fiallos Haro; f) A fojas 84 y 85 consta las partidas de defunción de Diego Alfonso Fiallos Freire y de Marco Vinicio Fiallos Freire, ambos han fallecido el día 9 de enero de 2008. g) A fojas 81 vuelta consta la partida de nacimiento de Renia María Fiallos Cevallos, hija de Marco Vinicio Fiallos Freire y Renia Samara Cevallos Zarate. h) A fojas 3 del proceso se encuentra el certificado de gravámenes sobre el predio materia de la litis, conferido por el Señor Registrador de la Propiedad del cantón Santo Domingo, que justifica que el señor Fidel Antonio Fiallos Haro, adquirió el inmueble por adjudicación del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización, mediante acta dictada el 17 de diciembre de 1969 inscrita en el Registro de la Propiedad el 14 de enero de 1970, en este certificado consta que en registro de sentencias con fecha 1 de febrero de 1989 inscrita la sentencia dicta por el Juzgado Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha, que concede la posesión efectiva de los bienes dejados por el causante Fidel Alfonso Fiallos Haro a favor de la señora María Luisa Freire Espín en su calidad de madre y representante legal de sus hijos Diego Alfonso y Marco Vinicio Fiallos Freire y de Miriam Guadalupe Fiallos Ramos; i) A fojas 74 y 74 vuelta del proceso se encuentra el certificado de gravámenes sobre el predio materia de la litis, conferido por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Santo Domingo, que justifica que el señor Fidel Antonio Fiallos Haro, adquirió el inmueble por adjudicación del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización, mediante acta dictada el 17 de diciembre de 1969 inscrita en el Registro de la Propiedad el 14 de enero de 1970, en este certificado consta que en registro de sentencias con fecha 1 de febrero de 1989 inscrita la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha, que concede la posesión efectiva de los bienes dejados por el causante Fidel Alfonso Fiallos Haro a favor de la señor María Luisa Freire Espín en su calidad de madre y representante legal de sus hijos Diego Alfonso y Marco Vinicio Fiallos Freire y de Miriam Guadalupe Fiallos Ramos; y, con fecha 25 de enero del 2008 se encuentra inscrita el acta notarial de 19 de enero del 2008, por la que el doctor Luis M. Suárez Notario Primero del cantón Santo Domingo, concede la posesión efectiva de los bienes del causante Diego Alfonso Fiallos Freire en favor de Miriam Guadalupe Fiallos Ramos, Edison Roberto Fiallos Mera y Nelly Patricia Fiallos Mera en calidad de hermanos del causante, y por derecho de representación de Marco Vinicio Fiallos Freire a favor de su hija Renia María Freire Cevallos y, con fecha 30 de enero del 2008 se encuentra inscrita el acta notarial de 18 de enero del 2008, por la que el doctor Edgar Pazmiño, Notario Segundo del Cantón, concede la posesión efectiva de los bienes del causante Marco Vinicio Fiallos Freire, a favor de su hija Renia María Freire Cevallos y de su cónyuge Renia Samara Cevallos Zárate, así como también de todos los bienes dejados por el causante Diego Alfonso Fiallos Freire a su sobrina Renia María Freire Cevallos, en representación de su padre ya fallecido. Estas pruebas justifican: que, la accionante Freda Edelmira Mera Moreira ostenta la tenencia del inmueble por

cuenta propia, de donde proviene su condición de posesionaria; que, en ejercicio de su derecho, explotó el predio, lo cultivó y realizó las obras materiales existentes; que, los herederos de Fidel Alfonso Fiallos Haro aceptaron la herencia al solicitar la posesión efectiva del causante, que operó la prescripción extintiva en contra de los accionados como herederos del causante Fidel Alfonso Fiallos Haro, y la prescripción adquisitiva a favor de la posesionaria Freda Edelmira Mera Moreira. **NOVENO:** Al no existir prueba de que la accionante Freda Edelmira Mera Moreira haya reconocido expresa o tácitamente el dominio a favor de los herederos del causante Fidel Alfonso Fiallos Haro; que hubiere mantenido en su poder el predio por un título que justifique mera tenencia o que estos herederos hubieren ejercitaron (**sic**) acciones judiciales para recuperar la posesión del inmueble, en el lapso que ellos han ostentado la titularidad del dominio no procede la oposición a la demanda formulada por la señora Renia Samara Cevallos Zárate a nombre y representación de su hija Renia María Freire Cevallos. **DÉCIMO:** Las pruebas aportadas por la parte actora justifican que el ejercicio de su derecho de posesión en el predio singularizado en la demanda, fue por más de quince años sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por tanto cabe en su favor la prescripción adquisitiva de dominio, de conformidad con lo previsto por los artículos 603, 2392, 2410, 2411 y 2413 del Código Civil. Por las razones que preceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, aceptándose el recurso de apelación interpuesto por la actora, se revoca la sentencia dictada por el señor Juez a quo y en su lugar se acepta la demanda presentada, por la señora FREDA EDELMIRA MERA MOREIRA, y se declara que ha operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en su favor, sobre el lote de terreno situado a la altura del kilómetro 17 $\frac{1}{2}$ de la vía a Santo Domingo-Quevedo, cantón Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de la superficie de 41 hectáreas 30 áreas de cabida singularizado en la parte expositiva de esta sentencia. Ejecutoriado este fallo, confiérase copias debidamente certificadas para su protocolización en una de las Notarías del cantón y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Santo Domingo, a fin de que sirva de título de propiedad a favor de la actora. Déjese sin efecto la inscripción de la demanda ordenada en el auto inicial, para lo cual se notificará al señor Registrador de la Propiedad de este cantón. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) **Dr. Carlos Julio Balseca, Presidente de la Sala. Dr. Vinicio del Pozo Espinoza, Juez. Dr. Álvaro Ríos Vera, Juez.**

RECURSO DE HECHO

Ponencia: Dr. Wilson Andino Reinoso.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 07 de marzo de 2013. Las 11h00.

VISTOS: Renia Samara Cevallos Zárate, interpone recurso de hecho ante la negativa al de recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 20 de junio del 2011, a las 15h00, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la cual se acepta el recurso de apelación interpuesto por la actora y se revoca la sentencia dictada por el Juez *Aquo*, y en su lugar, se acepta la demanda, dentro del juicio ordinario que por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio sigue en su contra Freda Edelmira Mera Moreira. Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**- Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de haber sido constitucional y legalmente designados mediante resolución N° 4-2012 de 25 de enero del 2012, y la competencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. La Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analiza el recurso de casación y lo admite a trámite parcialmente en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.** La casacionista señala que las normas de derecho infringidas son los artículos: 82 de la Constitución de la República; 301 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil; 2410, 2411 y 2397 del Código Civil. Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: ARGUMENTOS MATERIA DE LA IMPUGNACIÓN:** Las objeciones de la recurrente, en resumen se contraen a los siguientes aspectos: **3.1.** Freda Edelmira Mera Moreira, reconoce que la propiedad objeto de esta *litis* pertenece a los herederos del señor Fidel Alfonso Fiallos Haro, es decir a sus hijos; y, en su calidad de ex conviviente del difunto Alfonso Fiallos Haro únicamente ha sido la mera tenedora. La falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución, la aplicación indebida y errónea interpretación de los artículos 2410, 2411, 2397 del Código Civil, influyeron en la sentencia del Tribunal *Ad quem*. **3.2.** La sentencia dictada por los Jueces de la Única Sala de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, hace referencia al artículo 76 de la Constitución de la República, omitiéndose los artículos 82 y 169 de la Carta Magna. **3.3.** Por otro lado es necesario anotar que existen actos de mera facultad y mera tolerancia, porque no necesitaba el consentimiento de sus hijos menores de edad para hacer uso del bien inmueble, en virtud de ser su representante legal; en esta materia existen fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que no procede la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio cuando no existe la conjunción de los elementos consustanciales como son el material que es el *corpus* y el intencional que es el *animus*, por lo tanto debieron observar lo establecido en el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial. **CUARTO: ALGUNOS ELEMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** Con la expedición de la Constitución del 2008 que tutela en

nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, se instaura un marco constitucional que cambia la orientación de la administración de justicia, con ello se establecen disposiciones para que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables. Se considera 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:- 5.1.- EXAMEN DEL CASO EN RELACIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS: La casacionista fundamenta su recurso en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es 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*”. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de someter los hechos a los tipos jurídicos adecuados, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina *subsunción del hecho en la norma*. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: a) Un supuesto, y, b) Una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino la sucesión lógica de una situación fáctica específica, concreta en la perspectiva incierta, genérica o posible contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o *in iudicando* que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, prescindiendo de los hechos y la valoración probatoria, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha originado la conexión lógica de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética y genérica efectuada de antemano por el legislador; yerro que se puede provocar por los tres diferentes tipos de infracción ya señalados, lo que la recurrente debe fundamentar adecuadamente. 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, lo que efectivamente no es aplicable al caso que se decide. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. 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, lo que tampoco es aplicable al caso en

resolución. El Tribunal de la Sala recuerda que el recurso de casación como medio de impugnación extraordinario, es el derecho de objeción del justiciable sobre la sentencia o auto que ponga fin a los juicios de conocimiento (artículo 2 de la Ley de Casación). Su propósito restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía el debido proceso. Aspectos que la recurrente no ha dado cumplimiento en su escrito de interposición del recurso. Roxin sostiene que: “*La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal*”. (Roxin, Claus. “*Derecho Procesal Penal*”. 12 va. Edición, Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000, página 466.)

5.2. La casacionista manifiesta que: “*...si bien hace referencia al Art. 76 de la Constitución de la República, omite la invocación del Art. 82 de la misma Carta Suprema que se refiere al derecho a la Seguridad Jurídica y en consecuencia no se aplicado en la presente causa el mencionado precepto constitucional...*”. Además se cita la falta de aplicación del artículo 82 de la Constitución, y fundamenta en su recurso así: “*...de igual manera tampoco hacen referencia al principio de uniformidad consagrado en el Art. 169 de la Constitución...*”. Al respecto, si la acusación versa sobre quebrantamiento de normas constitucionales, este cargo conlleva el principio de supremacía constitucional previsto en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, que es norma suprema del Estado, al cual ha de constreñirse todo el ordenamiento infra constitucional y las actuaciones de los ciudadanos y autoridades, entre ellas la de los jueces. No basta, por tanto, citar como se lo hace en el presente caso las normas constitucionales y alegar han sido violadas, *in genere*, un derecho fundamental, sino que debe manifestarse en forma concreta y precisando la manera cómo ha ocurrido. Porque de ser verdad el cargo, todo lo procedido estaría sin valor ni eficacia, lo que no sucede en el presente caso, por lo tanto carece de sustento legal las alegaciones de violación al derecho a la seguridad jurídica y al principio de uniformidad. Si se invoca violación a preceptos constitucionales “*la afirmación de que se está desconociendo los mandatos contenidos en estos cuerpos normativos de carácter superior, implica un cargo de tal gravedad y trascendencia, porque significa que está resquebrajando la estructura fundamental de la organización social por lo que debe ser analizada prioritariamente, y el cargo debe ser fundado ya que, de ser fundamentado, todo lo actuado quedará sin valor ni eficacia alguna...*” (Resolución No. 147 de 11 de julio de 2002. R.O. 663 de 16 de septiembre de 2002.). Al concurrir violación a normas constitucionales también existirán normas secundarias que han sido trasgredidas como consecuencias de las primeras “*se violarán las normas secundarias que son la aplicación concreta de estas garantías, de manera que si se alega que en una resolución judicial se ha producido tal violación, ésta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en qué parte de la sentencia se desconoce el principio constitucional invocado. No cabe la violación en abstracto de tales principios...*” (Resolución

No. 50. 2002 *Sloof vs. Director Nacional de Patrocinio del Estado*). Sin que en el memorial de casación exista mayor análisis ni fundamentación de la violación a normas constitucionales ni que se demuestre el quebrantamiento de las normas de carácter secundario, tampoco indica la casacionista los precedentes jurisprudencias que han sido transgredidos. Por las motivaciones expuestas se desecha el cargo formulado. No se analiza la vulneración de los artículos 2410, 2411, 2397 y otros del Código Civil por cuanto no fueron admitidos a trámite. En tal virtud, este Tribunal de 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 el 20 de junio del 2011, a las 15h00, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Sin Costas. **Notifíquese y devuélvase**, para los fines de ley.

f). **Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional. Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional. Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional.**



III

Juicio Nro. 58-2012

Juicio de prescripción adquisitiva de dominio propuesto por Guillermina Estela Jiménez Bejarano en contra de Gloria Emperatriz Jiménez Galarza.

SÍNTESIS:

El Tribunal de Casación analiza el fallo recurrido y concluye que, los bienes que se encuentran con prohibición de enajenar, o sujetos a embargo, son susceptibles de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, por lo cual no casa el fallo que acepta la demanda.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO CUARTO DE LO CIVIL DE MACHALA. Machala, 29 de diciembre del 2009. Las 11h47.

VISTOS: A fojas 5 vuelta, comparece Guillermina Estela Jiménez Bejarano, manifestado en su demanda que desde los primeros días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y seis hasta la actualidad, es decir por más de veinte años, se encuentra en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con ánimo de señora y dueña, de un lote de terreno urbano, ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, siendo el solar nro. 13A; mz Z-15 código catastral nro. 40101016013; norte: solar nro. trece, con veinte y tres metros veintidós cen-

tímetros (23.21 m); sur: solar nro. 12 con veinticinco metros (25.00 m); este solar nro. cinco con cuatro metros cero tres centímetros (4.03); oeste: carrera Central, con cuatro metros cero tres centímetros (4.03 m), lo que da una superficie total de noventa y siete metros cuadrados catorce decímetros cuadrados (97.14 m²). En lote de terreno urbano que se encuentra ubicado en el Barrio Buenos Aires, parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, durante su posesión ha construido una casa habitación tipo villa de estructura de hormigón armado, paredes enlucidas, cubierta de zinc, piso de cemento con baldosa, con una puerta de hierro, y una de madera, una ventana de aluminio con su respectivo protector de hierro una de madera, una ventana de aluminio con su respectivo protector de hierro, instalaciones eléctricas y sanitarias, con un pequeño patio, en la cual vive con su familia. Con los antecedentes expuestos acude ante este Despacho para demandar la prescripción extraordinaria del solar anteriormente descrito, basándose en los arts. 603, 715, 2392, 2393, 2401, 2410, 2411, 2413 y más aplicables del Código Civil vigente, demandado así a la propietaria del bien señora Gloria Emperatriz Jiménez Galarza. Solicita se inscriba la demanda en el Registro de la Propiedad del cantón Machala, de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 1000 del Código de Procedimiento Civil vigente, cuya omisión será subsanable conforme a la misma disposición legal. Se cuente con la I. Municipalidad de Machala en las personas de sus representantes legales, esto es el señor Alcalde y Procurador Síndico Municipal en su orden, por encontrarse el bien inmueble que pretende adquirir por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, dentro del área de expansión urbana. Admitida a trámite la demanda en la vía ordinaria, se dispuso correr traslado con la demanda y el auto inicial a la demandada quien tendrá el término de quince días para proponer las excepciones dilatorias y perentorias que se crea asistida bajo apercibimiento de declarar en rebeldía al igual que la inscripción de la demanda de conformidad con el art. 1000 del Código de Procedimiento Civil, diligencia que se encuentra cumplida de fojas 215, de los autos. Se cuente con el profesor Carlos Falquez Batallas y abogado Bolívar Gonzabay Hinostroza en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico respectivamente de la Ilustre Municipalidad del cantón Machala. Diligencia que se cumplió según actas de citación obrantes de fojas vuelta 217 a vuelta 218. Citada que ha sido legalmente la demandada. A fojas 220 a vuelta 222, proponiendo sus respectivas excepciones. Reconviene a la accionante para que en sentencia se declare sin lugar la demanda aceptando sus excepciones, ordenando que se le restituya la fracción del solar y construcción que es de su exclusiva propiedad y que viene ocupando en forma abusiva, así como se mande a que se le cancele los daños y perjuicios, que se le está ocasionando por obligarla a litigar en forma injusta. A fojas 225 vuelta, dando contestación a la reconvenición planteada proponiendo las siguientes excepciones: La supuesta demanda de reconvenición no reúne los requisitos determinados en el art. 67 del Código de Procedimiento Civil, por lo

que usted debió y debe rechazarla; negativa pura y simple de la supuesta demanda de reconversión. Improcedencia de reconversión por cuanto a la demandada Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, no le asiste ningún derecho para pedir lo que ha solicitado, sino que más bien en forma falsa y astuta pretende sorprender a su Autoridad con estos hechos falsos. Falta de derecho de la demandada Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, para plantear la reconversión, ya que me mantengo en posesión pacífica, tranquila, pública y notoria, con ánimo de señora y dueña de dicho bien, por más de 20 años. Carece de fundamento legal para alegar la reconversión, ya que al mantener la compareciente en posición pacífica, pública y notoria por más de 20 años, me da derecho, a alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; esto también por realizar a vista y paciencia de la demandada todas las mejoras en dicho bien. Prosiguiendo con el trámite de la causa las partes fueron llamadas a la junta de conciliación, con la comparecencia de las partes pero no existió conciliación alguna entre las mismas. Abierta la causa a prueba por el término legal de diez días, se han practicado las pruebas aportadas por las partes aquellas que han considerado convenientes a sus intereses cuyo contenido y resultados constan en el proceso por lo que agotado el presente trámite su estado es el de pronunciar sentencia para lo que considero: **PRIMERO:** Se ha dado a esta causa el trámite legal que le es pertinente y no se observa omisión de ninguna de las solemnidades sustanciales que influya o pueda influir en la decisión de la misma, por lo que declaro la validez de todo lo actuado. **SEGUNDO.** *“La prescripción es uno de los modos de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos”,* según el art. 2392 del Código Civil ecuatoriano. Se gana por prescripción el dominio de los bienes como los referidos en la demanda, siempre que se haya poseído con las condiciones legales y de acuerdo al art. 2410 íbidem. Igualmente el art. 2411 del mismo cuerpo de leyes últimamente invocado, textualmente dispone *“El tiempo necesario para adquirir esta especie de prescripción es de quince años”.* **TERCERO:** Se debe, así mismo, examinar si existe o no la posesión en los términos que prescribe el art. 715 del Código Civil; es decir es necesario determinar si los elementos fundamentales de la posesión están o no presentes, como son: El elemento físico consistente en la tenencia en sí del bien y el elemento psicológico, o sea el ánimo de señor y dueño. **CUARTO:** La doctrina acerca de la prescripción adquisitiva de dominio manifiesta: *“TERCERO. El Artículo 2392 (ex 2416) del Código Civil expresa: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurrido los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción”.* Concordante el artículo 2398 íbidem expresa que *“salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles que están en el comercio humano, y que se han poseído con las condiciones legales. De las expresiones de la ley,*

aparecen con claridad los requisitos esenciales para que sea procedente y estos son: **1.** Que el inmueble que se pretende adquirir esta en el comercio humano, esto es, que no tengan prohibición legal para la transferencia del dominio. El doctor Carlos A. Arroyo del Río en la obra *“Estudios Jurídicos de Derecho Civil”* tomo 1, página 80, reproduce al respecto, la opinión del tratadista Clemente de Diego, en su obra *“Cursi Elemental de Derecho Civil Español Común y Floral”* tomo III pág. 281 en que expresa: *“En la prescripción se trata como sabemos, de ganar el dominio sobre una cosa, subsanando el vicio o defecto que ha tenido lugar en su adquisición. Despréndase de aquí que solo las cosas susceptible de apropiación y de dominio particular pueden ser objeto de prescripción, y como opera un cambio de dominio habrá de ser susceptibles y también de cambiar de dueño, en cuyo supuesto las cosas inalienables, mientras lo sean, no serán prescriptibles...”* **2.** Que se haga una completa y cabal descripción del bien que se pretenda prescribir, y si este se trata de un inmueble, la debida singularización con la indicación de sus linderos, extensión o circunstancias que lo determinen. **3.** Que el titular del dominio del inmueble cuya adquisición se pretende es el demandado, porque no se puede usucapir contra cualquiera o contra nadie, sino contra el verdadero y real dueño del bien, de lo contrario el fallo que la declara no surtirá el efecto de perder el dominio o, en razón del principio del efecto relativo de la sentencia, de recibo en el artículo 301 (ahora 297) del Código de Procedimiento Civil...” conforme el fallo publicado en el R.O. 23 del 11-IX-96.4. Que el pretendiente ha estado en posesión, por el tiempo exigido por la ley, sin interrupción. El artículo 715 del Código Civil define a la posesión como *“La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo. “Según el texto de la ley, componen la posesión dos elementos: la tenencia de la cosa debidamente determinada y el ánimo de señor o dueño. La tenencia es el elemento material; la que pone a la persona en contacto con la cosa, permitiéndole aprovecharla y ejercer en ella un poder de hecho, el ánimo de señor y dueño es el elemento formal que le da sentido jurídico a la tenencia. La doctrina así lo considera Baudry Lacantinerie en el tomo XXVIII, pág. 177, de su “Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil”, nos enseña “no se puede adquirir la propiedad de una cosa, dice Pothier, sin tener la voluntad de poseerla. Nosotros hemos dicho a este respecto que la detención sine ánimo domini, no constituye en nuestro derecho una posesión en el sentido jurídico de la palabra...” y en la página 211 agrega: “Para poder prescribir es necesario poseer el ánimo domini, es decir a título de propietario, o de una manera más general, a título de propietario del derecho que se pretende adquirir por prescripción. Esta no es solamente una simple cualidad de la posesión; es a nuestro juicio en el sistema que inspiró a los legisladores del Código Civil, un elemento constitutivo”. Por su parte, el profesor Jean Carbonnier, en su*

“Derecho Civil” tomo II, volumen I, pág. 212 nos dice: “El principio generalmente admitido es que la propiedad representa el derecho en tanto que la posesión se corresponde con el hecho, por lo que, desde este punto de vista, la posesión viven a ser la sombra de la propiedad. (sic) Con mayor precisión, puede definirse la posesión con el señorío jurídico representado por la propiedad, pues sucede muy a menudo que la posesión –aun hallándose dotada de caracteres, que la distinguen racionalmente el dominio– puede concentrarse con él, en el mismo sujeto...” Más adelante, en página 214 agrega: “El análisis tradicional viene distinguiendo de elementos de la posesión que son el corpus o elemento material y el animus o elemento psicológico a) Elemento material. El corpus de la posesión consiste en la realización de actos materiales sobre la cosa, es decir actos de señorío jurídico como los que puede llevar a efecto el propietario. Ha de tratarse de actos exclusivamente materiales, pues la realización de actos jurídicos (por ejemplo: la venta o el arrendamiento) carecería de la relevancia en punto a la posesión, toda vez que para llevarlos a efecto no se precisa la cualidad de poseedor y su incidencia tiene lugar respecto del derecho de propiedad y no de la cosa. Nadie duda que el propietario que ha perdido que posesión (sic) de uno de sus bienes pueda enajenarlos válidamente...”; b) Elemento psicológico. El ánimo conforme a la opinión más corriente es el animus domini o sea la voluntad de conducirse como propietario de la cosa. Con carácter absoluto y o perpetuo, sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos ni efectuar reintegración alguna. En defecto de animus domini, la sola concurrencia del corpus les previa (sic) de la calidad de verdaderos poseedores, ya que únicamente se les reputa de meros detentadores de la cosa. En el mismo sentido se ha pronunciado las diversas Salas de Casación de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y entre estos el dictado por la Sala en la Resolución nro. 234-2000, publicada en el R.O. nro. 109 del 29 de junio del 2000, en cuyo considerando cuarto se expresa: “El art. 734 (ahora 715) del Código Civil determina como elemento físico constitutivos de la posesión; el corpus y el animus domini. El corpus es el elemento físico o material de la posesión, es la aprehensión materia de la cosa y el hecho existente entre la potestad o discreción de la persona. El corpus es la relación de hecho de estar la misma potestad o discreción de la personas. El corpus es la relación hecho existente entre la personas (sic) y la cosa; el conjunto de actos materiales que se estén realizando continuamente durante el tiempo que dure la posesión. El corpus constituye, pues la manifestación visible de la posesión, la manera de ser comprobada por los sentidos. El animus es el elemento psíquico, de voluntad que existe en la personas, por el cual se califica y caracteriza la relación de hecho; sirve, por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa; es la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre e independiente de la voluntad de otra persona y en función del derecho correspondiente, es la voluntad conducirse como propietario sin reconocer dominio alguno. La posesión y la mera tenencia se distinguen en que mientras en la primera

existe con independencia, de toda actuación jure, “se posee porque se posee” según dispone el Código Civil argentino (cita del doctor Víctor Manuel Peñaherrera en su obra “La Posesión”, la tenencia en cambio surge siempre de una situación jurídica, supone en su origen un título jurídico”. QUINTO: De la revisión dada a las pruebas aportadas por la parte accionante se concluye que de las declaraciones dadas por los testigos presentados quienes en lo fundamental han manifestado que es verdad que la accionante está en posesión de ese predio por más de 22 años en forma tranquila e ininterrumpida, sin que nadie le haya hecho problema por nada, y se confirma que la accionante sí mantiene la posesión con la inspección judicial realizada por este Despacho en la cual se constató que es verdad que la accionante habita en dicho predio, y que sobre ella misma ha hecho mejoramientos que constatan que tienen más del tiempo que se necesita para obtener la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; cumpliendo así con los requisitos establecidos en los artículos precedentes para adquirir la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre dicho bien inmueble. Cabe señalar que la parte demandada dentro del proceso ha querido justificar que no existen los requisitos fácticos para establecer la institución civil de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, invocando para ello que la poseedora no ha ejercido este derecho con la característica de haberlo realizado en forma pacífica, pública y sin clandestinidad, para ello, ha argumentado, con prueba material establecida en un video y luego en una acta inspección de la realidad de dicho video que efectivamente se ejercieron actos violentos sobre la posesión. Vale la pena considerar que al analizar dicha prueba que obra de fojas 624 a 656, se establecido (sic) que la misma tiene fecha de 22 de junio del 2005, es decir en el caso que hubiera sido real el acto violento, este se produce con posterioridad, al plazo de la prescripción extraordinaria de dominio, con el cual no se cumple lo que manifiesta el Art. 2410 numeral 4 ordinal 2, del Código Civil, esto es que “2. Quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”; en el proceso se ha demostrado, con las pruebas analizadas que el tiempo transcurrido de posesión para proponer la demandante, la acción extraordinaria de dominio supera los quince años al tiempo de haberse producido los actos que la demandada señala como violentos. Por estas consideraciones, el suscrito Juez Décimo Cuarto de lo Civil y Mercantil del cantón Machala encargado. **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, desechando las excepciones propuestas por la demandada así como la reconvencción propuesta por sí misma, declara con lugar la demanda y, en consecuencia, se concede la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio a la demandante Guillermina Estela Jiménez Bejarano, del solar y construcción signado con el nro. 13-A; manzana Z-15 ubicado con frente a la calle Carrera Central entre avenida Central y calle 2.^a

norte de la parroquia El Cambio jurisdicción del cantón Machala, dentro de los siguientes linderos y dimensiones: por el norte: solar nro. 13 de Gloria E. Jiménez Galarza, con 23,21 metros, sur solar nro. 12 de Máximo Jiménez, con 25,00 metros; este solar nro. 5 de Luis Garzón, con 4,03 metros; y oeste: Carrera Central, con 4.03 metros. Con una área total de terreno de 97,14 m² (más 2.72 m² área que ocupa el baño); área de construcción: 76.57 m² (más 2.72 m² área que ocupa el baño). Para que esta sentencia haga las veces de escritura pública del bien raíz antes referido, de conformidad con el Art. 2413 del Código Civil, dispongo que, una vez ejecutoriada, sea protocolizada en una Notaría Pública del Cantón y, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Machala, y ordeno que se conceda, por Secretaría las copias certificadas necesarias, con la razón de estar ejecutoriada. Sin costas ni honorarios en esta instancia. **Notifíquese y cúmplase.**

f) **Abogado. Iván Morán Alcívar, Juez Suplente.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Juez Ponente: Dr. Patricio Solano N.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO.

SALA DE LO CIVIL. Machala, martes 22 de noviembre del 2011. Las 10h51.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada de la sentencia dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro, con asiento en esta Ciudad dentro de la causa nro. 0115-2010-SC, que sigue la señora Guillermina Estela Jiménez Bejarano, contra de la señora Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, se considera: **PRIMERO:** De acuerdo a nuestro marco jurídico esta Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, es competente para sustanciar el recurso interpuesto. **SEGUNDO:** Analizado lo actuado en el presente proceso no se observa que exista omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa, por lo que es válido lo actuado. **TERCERO:** A fojas 5 de autos comparece la señora Guillermina Estela Jiménez Bejarano, manifestando que desde los primeros días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y seis hasta la actualidad, es decir por más de veinte años, se encentra (**sic**) en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con ánimo de señora y dueña, de un lote de terreno urbano, ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes: Solar 13A, mz. Z-15, código catastral nro. 40101016013; norte solar nro. 13, con 23, 21m; sur solar nro. 12, con 25 m; este solar nro. 5, con 4.03 m; oeste carrera central, con 4.03, lo que da una superficie total de noventa y siete metros cuadrados, catorce decímetros cuadrados (97.14 m²). Que el lote de terreno urbano se encuentra ubicado en el Barrio Buenos Aires, parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro y durante su posesión ha construido una

casa habitación tipo villa de estructura de hormigón armado, paredes enlucidas, cubierta de zinc, piso de cemento de baldosa, con una puerta de hierro y una de madera, venta (**sic**) de aluminio con su respectivo protector de hierro, instalaciones eléctricas y sanitarias, con un pequeño patio, en el cual vive con su familia. La posesión del mencionado bien raíz, ha sido sin que mediara relación contractual o de otra naturaleza con persona alguna. Que por los antecedentes expuestos, acude para que en sentencia se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, del solar urbano descrito, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 603, 715, 2392, 2393, 2401, 2411, 2413, y más aplicables del Código Civil, vigente. Señala trámite a seguir, fija cuantía e indica que demanda con esta acción a la señora Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, como legítimo contradicтор. Admitida la demanda a trámite, se ordena citar a la demandada, quien ha comparecido a fojas 34, oponiendo excepciones, agotado el trámite, el Juez a quo, a fojas 202, declara la nulidad de todo lo actuado en este proceso, por no haberse citado a la I. Municipalidad de Machala, en las personas de sus representantes Alcalde y Procurador Síndico y vuelta su tramitación se cumple con ese requisito sustancial de citar a esa entidad a fojas 217 vuelta, y 218 vuelta de los autos la demandada ha comparecido a fojas 220 a 222 y al contestar opone las siguientes excepciones: 1. Falta de derecho de la actora para proponer la presente demanda ya que su acción no reúne los requisitos de ley, por lo que se encuentra huérfana de demostrar que a favor de ella ha operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; 2. Es falso de falsedad absoluta que la actora del presente juicio sea posesionaria por más de veinte años de la fracción del bien inmueble que dice viene ocupando, ya que la verdad es que la anterior propietaria Emelina Galarza Bejarano, le permitió hacer aproximadamente cinco años a la fecha que ocupara el mismo hasta que la actora del presente juicio terminara de construir su casa de habitación que la estaba haciendo en otro sector; 3. Improcedencia de la demanda ya que es falso de falsedad absoluta que la actora del presente juicio tenga una posesión pacífica, tranquila, ininterrumpida y sin violencia, ya que a raíz de que le solicitó y le requirió verbalmente que desocupara la fracción del bien inmueble de su propiedad, ésta ejerció hacia su propiedad y su persona actos de violencia, incluso, se atrevió a tumbar una pared, para seguir extendiendo su posesión en cuanto al área, en su propiedad en forma violenta, lo que torna a la demanda improcedente; 4. Ineptitud de la demanda, en cuanto a la especie, ya que no están reunidas las condiciones sustantivas que la ley exige para que tenga lugar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, condiciones y requisitos indicados en el art. 2410 numeral 4, circunstancias 1 y 2 del Código Civil; 5. No se allana a las nulidades procesales que puedan darse dentro del presente juicio, así mismo reconviene a la actora solicitando la reivindicación de la fracción del solar y construcción que ocupa de la que se corre traslado a la actora, contestando a fojas 225 manifestando que la reconvencción es totalmente

improcedente, ilegal y ajena a la realidad de los hechos, ya que la reconvencción es una contrademanda y debe contener los requisitos establecidos en el art. 67, del Código de Procedimiento Civil, que la demanda que ha planteado esta ceñida a la ley, a la razón y al derecho que le asiste, pues la demandada en mención con el ánimo de perjudicarla pretende falsear la verdad y manifestar que en forma ilegal y abusiva se encuentra en posesión violenta e ilegal e incluso también argumenta en forma falsa que hace aproximadamente cinco años la señora Emérita Galarza Bejarano, permitió que ocupara una fracción de un inmueble de su propiedad, cuando es totalmente falso, ya que a vista y paciencia de la anterior dueña Emérita Galarza Bejarano y de la demandada ha permanecido en la posesión por más de veinte años, conforme lo tiene detallado claramente en el libelo de su demanda en forma pacífica, pública y notoria y sin la interrupción de ninguna persona, a vista y paciencia de la demandada, realizó mejoras construyendo una casa tipo villa de estructura de hormigón armado, paredes enlucidas en el que vive con su familia y le sirve de provecho personal, planteando las siguientes excepciones: a) La demanda de reconvencción no reúne los requisitos determinados en el art. 67 del Código de Procedimiento Civil. b) Negativa pura y simple. c) Improcedencia de la reconvencción por cuanto a la demandada no le asiste ningún derecho para pedir lo que ha solicitado y lo que pretende es sorprender a la Autoridad. d) Falta de derecho de la demandada para plantear la reconvencción ya que ella mantiene en forma pacífica, tranquila, pública y notoria, con ánimo de señora y dueña dicho bien por más de 20 años. e) Carece de fundamento legal para alegar la reconvencción ya que al mantener la posesión pacífica, tranquila pública y notoria por más de veinte años le da derecho para alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Convocada la junta de conciliación (fojas 228), comparecen las partes, diligencia en la que ha sido imposible que exista acuerdo, lo que exigió se abra la causa prueba, dentro del cual se han evacuado todas las diligencias solicitadas por las partes; y, agotado el trámite de rigor, el señor Juez a quo dicta sentencia declarando con lugar la demanda, lo que inconforma a la parte accionada, quien a fojas 671 impugna esa decisión, indicando que no se encuentra conforme con la sentencia dictada por el juez de primer nivel, la cual no tiene fecha de expedición, aunque fue notificada el día 29 de diciembre del 2009, es decir, encontrándose dentro del término de ley, interpone para ante el Superior, los correspondientes recursos de apelación y nulidad de dicha sentencia. A fojas 2 del cuaderno de segunda instancia, la recurrente y demandada fundamenta su recurso en los siguientes términos: a) Que al presentar su demanda, Guillermina Estela Jiménez Bejarano manifiesta que se encuentra en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con ánimo de señora y dueña, de un lote de terreno urbano, ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, cuyos linderos y dimensiones son los siguientes: solar 13A, mz. z-15, código catastral 140101016013; norte; solar 13, con 23.21 m; sur

solar nro. 12, con 25 m; este solar nro. 5, con 4.03 m; oeste carrera central, con 4.03; lo que da una superficie total de 97.14 m² adjuntado para el efecto, un certificado otorgado por el Registrador de la Propiedad del cantón Machala, en el que consta la descripción del solar nro. 13 de la manzana z-15, de su propiedad, y no el que supuestamente, se encuentra en posesión de la demandante (solar nro. 13 A, de la manzana Z-15), por lo que la actora del presente juicio, no ha cumplido con el requisito de haber justificado la existencia del bien inmueble que pretende prescribir, peor aún que, Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, sea la propietaria de dicho solar, pues, para que la prescripción adquisitiva de dominio pueda ser declarada debe demostrarse, a más de la posesión pública y pacífica con ánimo de señor y dueño por el tiempo que la ley prescribe, que el demandado es el actual titular del dominio (Gaceta Judicial nro. 15 Serie XVI 217), pues, la prueba de que el demandado es el titular del derecho del inmueble cuya adquisición de dominio se pretende por prescripción extraordinaria, es primordial, porque de otra manera el fácil arbitrio de deducir esta clase de demandas contra cualquier persona o persona indeterminada bastaría para la adquisición del dominio de un inmueble, lo que afectaría el orden jurídico que garantiza el derecho de propiedad privada; b) Que el art. 622 del Código Civil enumera los modos de adquirir el dominio y entre ellos se halla el de prescripción. El art. 2422 *ibidem* dispone que “se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales inmuebles. En la demanda presentada por Guillermina Estela Jiménez Bejarano, se pretende la prescripción extraordinaria de un inmueble, por consiguiente la actora estaba obligada a probar en el proceso todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas citadas, esto es: 1. Posesión pública, pacífica, no interrumpida, actual y exclusiva de un bien raíz que se encuentre en el comercio humano, es decir, que sea susceptible de esa posesión; 2. Que la tenencia sobre el inmueble se la haya ejercido con ánimo de señor y dueño; 3. Que la posesión haya durado el tiempo previsto por la ley, que en la especie, debe ser de al menos quince años, conforme señala el art. 2435 del Código Civil; 4. Que la acción se dirija contra el titular del derecho de dominio que debe constar en el correspondiente certificado otorgado por el Registrador de la Propiedad correspondiente (resoluciones de triple reiteración publicadas en la Gaceta Judicial Serie XVI, nro. 15 págs. 4203 a 4206), y, 5. La individualización del bien, pues la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio únicamente se puede declarar respecto de una cosa determinada, singularizada, cuya superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso, conforme lo ha declarado la Ex Corte Suprema de Justicia en su Resolución nro. 566.98, de 3 de septiembre de 1998, publicada en el Registro Oficial 58 del 30 de octubre del mismo año. Debiendo ser estos requisitos concurrentes, de lo contrario la acción no tendría procedibilidad, pues, del examen del proceso se aprecia que no han sido probados los presupuestos fácticos para la prescripción extraordinaria

adquisitiva de dominio que la actora pretende en efecto no se ha aportado medio de prueba alguno de que el inmueble antedicho se encuentre en el comercio humano, por el contrario, del certificado extendido por el Registrador de la Propiedad del Cantón Machala que la acta adjunta a su demanda, se establece que el bien inmueble de su propiedad se encontraba hipotecada y con prohibición según escritura de entrega de obra e hipoteca abierta, celebrada ante el Notario Segundo del cantón Machala abogado Lucio Telvit Aguilar Coello el 17 de marzo del 2006 inscrita en el Registro de la Propiedad nro. 2264 Registro de Hipotecas nro. 658, Registro de Prohibiciones nro. 1105 y Repertorio nro. 4394 y 4395 el 17 de agosto del mismo año, es decir, no era susceptible de comercialización; c) Que por otra parte, la actora del presente juicio no ha individualizado correctamente el predio que pretende obtener la propiedad mediante la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, a más de que los servicios básico para el departamento que ocupa ilegalmente, se los provee del bien inmueble de su propiedad, puesto que ella misma fue quien hizo construir la habitación que ocupa la actora del presente juicio; d) Que, además el juez a quo, al dictar la sentencia no ha realizado una valoración de la prueba en conjunto, tanto en varios medios probatorios por una parte para tratar de demostrar sus afirmaciones de hecho, como de las que aportó para desvirtuar u oponer otros hechos, como el que la actora no se encontraba ocupando el solar 13 de la manzana Z-15, sino que ocupa, en forma ilegal una fracción del solar 13 de su propiedad, de aproximadamente cuatro metros de frente, por dieciocho metros de fondo, conforme lo estableció en su reconvencción, pues en los procesos ordinarios se requiere valorar todos los medios de prueba o de distinta clase para llegar a la certeza de los hechos discutidos en el proceso contencioso; e) Que, por lo expuesto, al haber fundamentado su recurso, luego de demostrar el aserto de sus dichos, solicita se revoque la sentencia del juez de primer nivel, declarando sin lugar la demanda presentada por Guillermina Estela Jiménez Bejarano y declare con lugar su reconvencción ordenando que la actora en forma inmediata le restituya la fracción del solar y construcción que es de su exclusiva propiedad, la que ocupa en forma ilegal. **CUARTO:** De conformidad a lo dispuesto en el art. 2392 del Código Civil, la prescripción es uno de los modos de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. En tanto que el art. 2398 *ibidem* dispone que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales. El art. 2.411 del mismo cuerpo legal determina, que el tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es el de quince años contra toda persona y no se suspende a favor de los enumerados en el art. 2409 *ibidem*, es decir, resulta perfectamente factible la prescripción inclusive sobre la herencia yacente, de ser el caso. Se considera entonces que siendo la

prescripción un hecho totalmente independiente de la voluntad del dueño, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1) Que la cosa sea susceptible de prescribir; 2) Existencia de la posesión; 3) Transcurso de un plazo; y, 4) La presencia de legítimo contradictor. **QUINTO:** Realizando un análisis detenido de las pruebas aportadas y alegadas por las partes al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas por la ley sustantiva, de acuerdo a lo estipulado en el art. 115 del Código Adjetivo Civil se pasa a determinar: 1) Por la actora: Aun cuando al inicio de esta acción, posiblemente por el extravío de esta acción (demanda y más documentos) según consta de fojas 3 y vuelta, la razón de la actuaría del Juzgado de primer nivel, no se encuentra el certificado del Registro de la Propiedad, éste obra a fojas 609, emitido por el Registrador de la Propiedad del cantón Machala, en el que se indica que el señor Juez Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro, ordena se inscriba la demanda sobre este bien y que el inmueble materia de la litis no soporta ningún gravamen. 2) En cuanto a la posesión del bien raíz, materia de esta acción, esta pretende ser probada por la accionante, con la declaración testimonial de los señores: Pastora Normandía Ramírez Fernández, René Leovaldo Toro Sánchez, George Aníbal Toro Sánchez y Luz Clara Toro Sánchez, Carlos Humberto Román Jaramillo, Ernesto Efrén Estrella Jaén (fojas 238, 239, 240, 241, 242 y 251), los mismos que concuerdan en manifestar que es verdad que la preguntante viene desde los primeros días de mayo de 1986 en posesión pacífica, pública, tranquila, e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad con ánimo de señora y dueña, de un lote de terreno urbano, signado con el nro. 13A. mz. Z 15, ubicado en el barrio Buenos Aires, de la parroquia El Cambio, del cantón Machala y que en ella ha construido una casa habitación tipo villa de estructura de hormigón armado en el cual vive con su familia a vista y paciencia de todo el vecindario, durante más de veinte años. Asimismo agrega un contrato de entrega de obra que a su favor realiza el señor Domingo Alberto Quimis Ventura, el que refiere sobre la construcción de un departamento en el inmueble materia de la controversia, observándose que el mismo no cumple con los requisitos legales, por no ser instrumentalizado mediante escritura pública ni inscrito en el Registro de la Propiedad, también existe a fojas 290, la certificación de la Ex Empresa Eléctrica Regional El Oro S. A. que la señala como abonado activo por muchos años a la actora de la presente causa y que se le ha asignado la cuenta nro. 125-02585-4, medidor nro. 41-17335 y a fojas 292 la ex-Pacifictel indica que desde 1989, la señora Estela Guillermina Jiménez Bejarano, es propietaria de la línea telefónica nro. 072992231, ubicada en el barrio Buenos Aires, de la parroquia El Cambio. Razones que son corroboradas con la inspección judicial de fojas 561, diligencia en la cual indica que se constituyen en el inmueble materia de la presente causa, verificando lo especificado en el literal a) de la solicitud constante a fojas 253, diligencia en la que se describe el tipo de vivienda y concluyese señalando que en vivienda habita la

actora con su cónyuge y su hijo, luego constatando lo solicitado en el literal c) *“se señala que el bien está en buenas condiciones de conservación y por lo tanto es habitable, por lo que se ha constatado que la actora está en posesión en calidad de dueña, además se indica que la construcción ha sido edificada con el peculio económico de la accionante y cuyo maestro constructor ha rendido declaración que consta en el proceso”*. En esa diligencia han comparecido vecinos del sector los cuales le manifiestan al juzgador de primer nivel que conocen a la señora Guillermina Estela Jiménez Bejarano y que mantiene en posesión el bien inmueble desde hace más de veintidós años a la presente fecha. La perito designada para esta diligencia y que realiza su informe en la forma ordenada por el A quo, lo hace constar de fojas 563 a 570, en la que en lo principal se señala que la edad de la vivienda donde mora la actora Guillermina Estela Jiménez Bejarano es de aproximadamente quince años. La impugnación del testimonio de Manuel Alberto Conza, por ser cónyuge de la demandada, conforme lo justifica con las partidas de nacimiento de sus hijos Gloria Jessenia y Joffre Fernando Conza Jiménez, constante a fojas 301 y 302. 2) Por su parte, la demandada buscando aportar con las pruebas que le permitan justificar sus excepciones deducidas, aporta con las escrituras de declaración jurada que su madre la señora Emérita Galarza Bejarano realiza sobre el hecho de que el bien materia de esta litis le pertenece a la demandada que viene ocupando violentamente la demandante, la escritura pública de compraventa que doña Emérita Galarza Bejarano realiza a favor de la señora Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, constante a fojas 582 a 593 y la escritura de entrega de obra, hipoteca abierta y prohibición voluntaria de enajenar a su favor, de fojas 596 a 607, de los autos, consta también la confesión judicial a la que fue llamada la actora por parte de la accionada, del mismo modo el acta de transcripción del CD solicitada por la accionada a fojas 244 y que se cumple a 619 del proceso, disponiendo el juez a quo por determinarse que este tiene una duración de una hora que sea el perito destinado el que realice un informe con la verificación completa y que se mencione si existen imágenes de violencia, además de eso posteriormente y en otro día se procede a verificar materialmente al inmueble, para constatar las construcciones en la que está dividido el mismo, también de fojas 621 a 622 se realiza la inspección judicial solicitada por la accionada para determinar todo lo concerniente al modo de probar lo referente a la reivindicación planteada en la reconvencción deducida por la demandada en esta causa, de fojas 626 a 656 la existencia de un informe que refiere sobre la transcripción del casete video de formato DVD y la transcripción del cual se puede obtener la información de que el día 22 de junio del 2005 hubo incidentes entre las partes en conflicto motivado por el derrumbamiento de una pared que se separa las viviendas de ellas, en lo demás no existe prueba de relevancia que deba tomarse en cuenta. En segunda instancia una vez determinado explícitamente el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, aperturado el término de prueba, la accionante aporta

con los testimonios de los señores Manuel de Jesús Valarezo Andrade, Tito Teócrita Rivera Vanegas, José Tomás Parrales Vite, Jorge Rodrigo Mora Valdiviezo y Edwin Fernando Ibañez Reyes, quienes son unísonos en manifestar que conocen a las partes en conflicto, saben sobre la posesión pacífica, tranquila, pública y notoria que vienen ejerciendo la demandante sobre el bien inmueble que se discute, lo cual manifiesta ante el interrogatorio y contrainterrogatorio que las partes han formulado; por la demandada declaran los señores Nelson Wilfrido Gallegos Gallegos, Lisset Morayma Vásquez Macas y Danny Fabián Ortega Pazmiño, la transcripción del CD, y del audio nuevamente son practicados, en esta instancia, la existencia repetitiva de certificado del Registro de la Propiedad a fojas 107 de esta instancia indica que el bien en disputa no soporta ningún gravamen, por lo cual está en el comercio humano y es susceptible de prescribir, siendo además claro que es de propiedad de la demandada, a fojas 120 se realiza la inspección judicial por parte de esta Sala, asistido por el perito ingeniero civil José Herrera Peña, en la que se observa que el terreno está fraccionado, en la cual vive la actora Guillermina Esthela Jiménez Bejarano, con su familia, con la que se considera fehacientemente justificada la posesión del bien por parte de la parte actora, conforme a lo determinado en el art. 715 del Código Civil, mismo que admite que la posesión se la tenga con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal la tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre, como es el caso. En lo que dice relación al plazo de 15 años que debe estar en posesión para acceder a la prescripción, se determina que a la fecha de la presentación de la demanda ha transcurrido más de los quince años que exige la Ley para que opere la prescripción. Finalmente y ante la exigencia legal de contar con el legítimo contradictor, sobre este último requisito la ex-Corte Suprema de Justicia ha dicho que es verdad que el art. 2434 (actual 2410) del Código Civil, en el numeral 1.º declara que cabe prescripción extraordinaria contra título inscrito, es decir, que necesariamente se la debe contra quien conste en el Registro de la Propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir, tal como sucede en la presente pues la acción no sólo se dirige a obtener la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, sino que también se persigue dejar sin efecto la inscripción que reconoce el derecho de propiedad del demandado debido a la prescripción, entonces resulta fundamental que en la etapa probatoria se deba demostrar la titularidad del dominio de la parte demandada, lo que se cumple exclusivamente con el certificado extendido por el Registrador de la Propiedad del cantón Machala, en el que certifica: *“que la señora Gloria Emperatriz Jiménez Galarza es la propietaria de un solar y construcción signado con el nro. 13 mz. z-15. Según providencia de fecha 18 de agosto del 2008 inscrita en el Reg. de demanda nro. 142 y Repert. nro. 5676, el 10 de septiembre del mismo año”*, el señor Juez Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro, ordena se inscriba la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio

nro. 408-06, propuesto por la señora Guillermina Esthela Jiménez Bejarano”, con lo cual se está perfectamente señalando el nombre de la titular y la descripción del bien a prescribir, señalándose además que esta propiedad no soporta ningún gravamen, por lo que está acorde a lo establecido en el art. 2398, del Código Sustantivo Civil, esto es, está en el comercio humano; aun cuando se diga que es de una menor extensión lo que viene ocupando en este caso la accionante referente a la superficie que reclamó en la demanda inicial, es visible que los desafectos provienen de una familia que ha venido viviendo junto a sus padres, pero luego en forma independiente cuando formaron cada uno su hogar dentro del mismo predio. Respecto a la nulidad que argumenta la demandada, por cuanto no se ha contado al momento de la reposición de los folios de la causa, de acuerdo a la razón sentada por el actuario del Juzgado de primer nivel, constante a fojas 614, indica: ...tengo a bien informar a usted que a fojas 208, 209, 210 y 211, del proceso, la parte actora acompaña al escrito presentado de día miércoles treinta de julio del 2008, a las nueve horas con treinta y siete minutos y que consta a fojas 212, copia certificada de la demanda, acta de sorteo, auto de calificación; y, certificado original del Registro de la Propiedad del cantón Machala, a fin de que proceda a la reposición del proceso conforme a lo ordenado en providencia de 14 de marzo del 2007, las 16h15, constante a fojas 4 del proceso. Machala, julio 30 del 2009”, esta documentación guarda armonía con lo que establecen los arts. 994, 995 y 996 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto se rechaza esa argumentación por improcedente, pues la causa se ha ventilado a partir del auto de nulidad, declarado a fojas 202 y vuelta, con la documentación necesaria para hacerlo. En cuanto tiene que ver con la reconvencción deducida por la demandada, al momento de contestar la acción principal, esta Sala se pronuncia de que en modo alguno la proponente ha probado en autos la procebilidad de esa contra acción y aún cuando no existen pruebas que justifiquen la pretensión de la reivindicación del bien que la actora de la causa principal, pretende prescribir a su favor, razón para desechar la reconvencción planteada, decisión que armoniza con el fallo de casación, publicado el 14-IV-97 G.J. S. XVI, nro. 8, págs. 2068-69), que en lo medular señala: “Sin embargo, la procedencia de la acción reivindicatoria de dominio exige tres elementos, a saber A) Dominio o propiedad de quien presente la acción. B) Posesión del o de los demandados; y, C) Singularización del bien que trata de reivindicarse. **TERCERO: (sic)** En la especie el actor ha probado su dominio con la escritura aparejada a la demanda, así como la posesión de los accionados que ellos mismos reconocen, no así, la singularización de los lotes que están poseyendo, lo cual tiene grandes contradicciones entre lo que se afirma en la demanda y la inspección judicial realizada por el Juzgado. No habría como poder ejecutar la reivindicación si los lotes no están debidamente delimitados. **CUARTO: (sic)** Por esta misma deficiencia, esto es la falta de singularización de los lotes, no se acepta la reconvencción planteada por los demandados al momento

de contestar la acción incoada contra ellos...” Por lo expuesto, esta Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, DESESTIMA el recurso de apelación presentado por Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, así mismo desestima la reconvencción deducida y el recurso de nulidad planteado por parte de la accionada y, **CONFIRMA** la sentencia venida en grado. Sin costas ni honorarios que regular en la instancia. **Notifíquese.**

f) **Drs. Arturo Márquez Matamoros, Juez Provincial (Voto Salvado). Dr. Patricio Solano Narváez, Juez Provincial. Abg. Olga Pazmiño Abad, Juez Provincial.**

VOTO SALVADO

Juez Provincial de la Sala de lo Civil. Dr. Arturo Márquez Matamoros.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. SALA DE LO CIVIL. Machala, martes 22 de noviembre del 2011. Las 10h51.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada en la sentencia dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro, en juicio ordinario incoado por Guillermina Estela Jiménez Bejarano en contra de Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, se considera: **PRIMERO:** De acuerdo a nuestro marco jurídico esta Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, es competente para sustancia el recurso interpuesto. **SEGUNDO:** Analizado lo actuado en el presente proceso no se observa que exista omisión de solemnidades substanciales que puedan influir en la decisión de la causa, por lo que es válido lo actuado. **TERCERO:** Comparece Guillermina Estela Jiménez Bejarano, manifestando que desde los primeros días del mes de mayo de 1986 hasta la actualidad, es decir por más de veinte años, se encuentra en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con ánimo de señora y dueña de un lote de terreno urbano, ubicado en la parroquia El Cambio cantón Machala, provincia de El Oro, cuyos linderos y dimensiones, son los siguientes: solar 13A, mz. Z-15, código catastral n. 40101016013; norte solar n. 13 con 23.21 m; sur: solar n. 12, con 25 m; este: solar n. 5, con 4.03 m; oeste: carrera central, con 4.03 m, lo que da una superficie total de noventa y siete metros cuadrados, catorce decímetros cuadrados (97.14 m²). Que el lote de terreno se encuentra ubicado en el barrio Buenos Aires, parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro y durante su posesión ha construido una casa habitación tipo villa de estructura de hormigón armado, paredes enlucidas, cubierta de zinc, piso de cemento con baldosa con una puerta de hierro y una de madera, ventana de aluminio con

su respectivo protector de hierro, instalaciones eléctricas y sanitarias, con un pequeño patio, en la cual vive con su familia. Que la posesión del mencionado bien raíz, ha sido sin que mediara relación contractual o de otra naturaleza con persona alguna. Que con los antecedentes expuestos (**sic**) y pide en sentencia se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del solar antes detallado, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 603, 715, 2392, 2393, 2401, 2410, 2411 y 2413 y más aplicables del Código Civil, vigente. Admitida la demanda a trámite y citada la demandada, esta comparece y opone excepciones, a saber. 1. Falta de derecho de la actora para proponer la demanda ya que no reúne los requisitos de ley; 2. Falsedad absoluta de que la actora sea posesionaria por más de veinte años de la fracción del bien inmueble que dice viene ocupando, ya que la verdad es que la anterior propietaria Emelina Galarza Bejarano, le permitió hacer aproximadamente cinco años a la fecha que ocupara el mismo hasta que la actora terminara de construir su casa de habitación que la estaba haciendo en otro sector; 3. Improcedencia de la demanda ya que es falso que la actora tenga una posesión pacífica, tranquila, ininterrumpida y sin violencia, por cuanto a raíz de que le solicitó y le requirió verbalmente que desocupara la fracción del bien inmueble de su propiedad, ejerció hacia su propiedad y su persona actos de violencia, incluso, se atrevió a tumbar una pared, para seguir extendiendo su posesión en cuanto al área, en su propiedad en forma violenta, lo que torna a la demanda improcedente; 4. Ineptitud de la demanda, en cuanto a la especie, ya que no están reunidas las condiciones sustantivas que la ley exige para que tenga lugar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, condiciones y requisitos indicados en el art. 2410 numeral 4, circunstancias 1 y 2 del Código Civil; 5. No se allana a las nulidades procesales que puedan darse dentro del presente juicio, así mismo reconviene a la actora. Con la contestación se trabó la litis por lo que se convocó a las partes la junta de conciliación (fs. 48) posteriormente se abrió la causa a prueba, dentro del cual se ha evacuado las que obran del proceso; y, agotado el trámite de rigor, el juez a quo dictó sentencia declarando con lugar la demanda, pronunciamiento que provocó la inconformidad de la demanda, misma que apela. **CUARTO:** La recurrente al formular su recurso ha manifestado que lo realiza por cuanto no se encuentra conforme con la sentencia dictada por el juez de primer nivel. En segunda instancia en cambio, al fundamentar su recurso ha señalado que la actora al presentar su demanda ha indicado que se encuentra en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con ánimo de señora y dueña, de un lote de terreno urbano, ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes: solar 13A, mz. Z-15, código catastral 40101016013; norte: solar 13, con 23.21 m; sur: solar 12, con 25 m; (**sic**) este solar n. 5, con 4.03 m (**sic**); oeste: Carrera central con 4.03 m, lo que da una superficie total de 97.14 m² adjuntando para el efecto, un certificado otorgado por el Registrador

de la Propiedad del cantón Machala, en el que consta la descripción del solar n. 13 de la manzana Z-15, de su propiedad; y no el que, supuestamente se encuentra en posesión la demandante, esto es el solar n. 13 a), de la manzana Z-15, por lo que la actora no ha cumplido con el requisito de haber justificado la existencia del bien inmueble que pretende prescribir; peor aún que, Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, sea la propietaria de dicho solar, pues para que la prescripción adquisitiva de dominio pueda ser declarada debe demostrarse, a más de la posesión pública y pacífica con ánimo de señor y dueño por el tiempo que la ley prescribe, que el demandado es el actual titular del dominio, pues la prueba de que el demandado es el titular del derecho del inmueble cuya adquisición de dominio se pretende por prescripción extraordinaria, es primordial, porque de otra manera el fácil arbitrio de deducir esta clase de demandas contra cualquier persona o persona indeterminada bastaría para la adquisición del dominio de un inmueble, lo que afectaría el orden jurídico que garantiza el derecho de propiedad privada. Que el art. 622 del Código Civil enumera los modos de adquirir el dominio y entre ellos se halla el de prescripción. El art. 2422 *ibidem* dispone que “se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales inmuebles; que la demanda presentada por Guillermina Jiménez, se pretende la prescripción extraordinaria de un inmueble, por consiguiente la actora estaba obligada a probar en el proceso todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas citada, esto es: 1. Posesión pública, pacífica, no interrumpida, actual y exclusiva de un bien raíz que se encuentre en el comercio humano, es decir, que sea susceptible de esa posesión; 2. Que la tenencia sobre el inmueble se la haya ejercido con ánimo de señor y dueño; 3. Que la posesión haya durado el tiempo previsto por la ley, que en la especie, debe ser de al menos quince años, conforme señala el art. 2435 del Código Civil; 4. Que la acción se dirija contra el titular del derecho de dominio que debe constar en el correspondiente certificado otorgado por el Registrador de la Propiedad correspondiente (Resoluciones de triple reiteración publicada en la Gaceta Judicial Serie XVI, nro. 15, págs. 4203 a 4206), y, 5. La individualización del bien, pues la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio únicamente se puede declarar respecto de una cosa determinada, singularizada, cuya superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso, conforme lo ha declarado la Ex Corte Suprema de Justicia en la Resolución nro. 566-98 de 3 de septiembre de 1998, publicada en el Registro Oficial 58 de 30 de octubre del mismo año. Debiendo ser estos requisitos, concurrentes, de lo contrario la acción no tendría procedibilidad, pues, del examen del proceso se aprecia que no han sido probados los presupuestos fácticos para la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que la actora pretende; en efecto no se aportado medio de prueba alguno de que el inmueble antedicho se encuentre en el comercio humano, por el contrario del certificado extendido por el Registrador de la Propiedad del cantón Machala se establece que el bien

inmueble de su propiedad se encontraba hipotecado y con prohibición según escritura de entrega de obra e hipoteca abierta, celebrada ante el Notario Segundo del cantón Machala abogado Lucio Telvit Aguilar Coello el 17 de marzo del 2006 inscrita en el Registro de la Propiedad nro. 2264 Registro de Hipotecas n. 658, Registro de Prohibiciones nro. 1105 y Repertorio n. 4394 y 4395 el 17 de agosto del mismo año, es decir, no era susceptible de comercialización. Que por otra parte la actora no ha individualizado correctamente el predio que pretende obtener la propiedad mediante la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, a más de que los servicios básicos para el departamento que ocupa ilegalmente, se los provee del bien inmueble de su propiedad, puesto que ella misma fue quien hizo construir la habitación que ocupa la actora del presente juicio. Que se no ha realizado (**sic**) una valoración de la prueba en conjunto, tanto en varios medios probatorios por una parte para tratar de demostrar sus afirmaciones de hecho, como de las que aportó para desvirtuar u oponer otros hechos, como el que la actora no se encontraba ocupando el solar 13.^a de la manzana Z-15, sino que ocupa en forma ilegal una fracción del solar 13 de su propiedad, de aproximadamente cuatro metros de frente, por dieciocho metros de fondo, conforme lo estableció en su reconvención, pues en los procesos ordinarios se requiere valorar a todos los medios de prueba o de distinta clase para llegar a la certeza de los hechos discutidos en el proceso contencioso. Que solicita se revoque la sentencia del juez de primer nivel, declarando sin lugar la demanda, presentada y se declare con lugar su reconvención ordenando que la actora en forma inmediata le restituya la fracción del solar y construcción que es de su exclusiva propiedad, la cual ocupa en forma ilegal. **QUINTO:** La acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, que para su procedencia, según lo establece la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, exige los siguientes requisitos: 1. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2. La correcta individualización del inmueble a prescribirse. 3. Que se haya dirigido la demanda contra quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de Propiedad correspondiente; y 4. Que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. *“La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio... La causa de su adquisición es la prescripción y el fundamento de ésta es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley...”* (Resolución nro. 5 del 19 de marzo de 1996, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en el R.O. 1003, de 5 de agosto de 1996). La posesión para su constitución y existencia requiere, de dos elementos concurrentes: el cuerpo, esto es la aprensión del objeto sobre el cual recae; y el ánimo o intención de señor y dueño del sujeto que en forma directa o por intermedio de otro ejerce sobre la cosa, a través de actos a que solamente la

propiedad da derecho. En el caso subjuídice se advierte que la demandante al singularizar el inmueble, señala los siguientes linderos y dimensiones: solar 13A, mz. Z-15, código catastral n.º 40101016013; norte: solar n.º 13, con 23.21 m; sur solar n.º 12 con 25 m; este: solar n.º 5, con 4.03 m; oeste: Carrera Central, con 4.03, lo que da una superficie total de noventa y siete metros cuadrados, catorce centímetros cuadrados (97.14 m²); en tanto que la certificación emitida por el Registro de la Propiedad del cantón Machala y que obra tanto a fojas 53 y 211 del cuaderno de primer nivel, indica los siguientes linderos y dimensiones: solar n.º 13 mz. Z 15, código 11-16-13, ubicado en la parroquia El Cambio, cantón Machala, dentro de los siguientes linderos y dimensiones; norte: solar n.º 14, con 21 m; sur: solar n.º 12 con 25 m; este: solar n.º 5, con 9 m; oeste: Carrera Central, con 9 m, con una área de 220 m²; de lo anotado se colige que la raíz que se pretende usucapir no se encuentra singularizada en debida forma, por cuanto los linderos y dimensiones señalados por la actora en su libelo inicial no corresponden a los indicados en el certificado del Registro de la Propiedad adjuntado por ésta; de ahí que, al ser éste un requisito fundamental para que prospere la acción incoada, ya que en el evento de que la sentencia acepte la demanda ésta hará las veces de escritura pública según el art. 2437 del Código Civil (R.O. nro. 477, 19-12-2001, pág. 21), la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, acoge el recurso interpuesto por Gloria Jiménez Galarza y revoca la sentencia que ha subido en grado, declarando sin lugar la demanda formulada por Guillermina Jiménez Bejarano. **Notifíquese.**

f) Dr. Arturo Márquez Matamoros, Juez Provincial. Dr. Patricio Solano Narváez, Juez Provincial. Abg. Olga Pazmiño Abad, Juez Provincial.

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. SALA DE LO CIVIL. Machala, miércoles 14 de diciembre del 2011. Las 15h14.

VISTOS: El art. 281 del Código de Procedimiento Civil dispone que ninguna jueza o juez puede revocar su sentencia, menos aún alterar su sentido; el art. 282 ibídem, establece que la aclaración tendrá lugar cuando la sentencia, fuere oscura, y la ampliación cuando no se hubiere decidido sobre costas, intereses, o frutos; sin embargo, la Sala considera Ley. Por lo precedentemente expuesto se niega la aclaración y ampliación solicitada por GLORIA EMPERATRIZ JIMÉNEZ GALARZA en su escrito de fojas 174; en cuanto al voto salvado este es meramente referencial. Intervenga como Conjuez de esta Sala, el abogado Jorge Osorio Marca por reemplazo del titular Dr. Arturo Márquez Matamoros de acuerdo a la acción de personal nro. 2041-CJO-2011, de

29-11-2011. **Notifíquese.**

f) **Abg. Olga Pazmiño Abad, Juez Provincial. Dr. Patricio Solano Narváez, Juez Provincial. Ab. Jorge Osorio Marca. Conjuez Provincial.**

FALLO DE CASACIÓN

Resolución n.º 58-2012

Juicio n.º 58-2012

Propuesto por Guillermina Estela Jiménez Bejarano contra Gloria Emperatriz Jiménez Galarza.

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito a, 15 de abril del 2013. Las 10h00.

VISTOS (58-2012): En virtud de que las 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 y conocemos de la presente causa.

Antecedentes: En el juicio ordinario de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio seguido por Guillermina Estela Jiménez Bejarano contra Gloria Emperatriz Jiménez Galarza; la demandada, interpone recurso de casación respecto de la sentencia (de mayoría) dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial Justicia de El Oro, el 22 de noviembre del 2011, a las 10h51, que en lo principal confirma el fallo del juez de primer nivel, que aceptó la demanda. El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, el Tribunal de la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO: Competencia:** Este Tribunal 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. El recurso de casación ha sido admitido parcialmente a trámite por la Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de enero del 2013; las 09h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación. Corresponde 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 contempladas en el Art. 3 de la Ley de Casación: 2.1. En la causal primera, por indebida aplicación de los Arts. 2393, 2398, 2410 y 2413 del Código Civil. 2.2. En la causal tercera por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables

a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 113, 114, 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil. 2.3. Finalmente, en la causal cuarta por omisión de resolver todos los puntos materia de la litis. 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. 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. **TERCERO. Cargos contra la sentencia 3.1.** Con sustento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, la recurrente expresa que se ha interpretado erróneamente lo dispuesto en el Art. 2410 del Código Civil, ya que en el considerando Quinto de la sentencia de segundo nivel se manifiesta que es fundamental que en la etapa probatoria se deba demostrar la titularidad del dominio de la parte demandada, conforme a fallos de triple reiteración como los constantes en la Gaceta Judicial No. 15, Serie XVI pág. 217, Res. 754-97J No. 311-96, Res. 129-99J No. 251-98, Res. 265-99J No. 26-96, en los cuales se deja establecido que para declarar la prescripción adquisitiva de dominio, debe demostrarse que el demandado es el actual titular del dominio, con el certificado conferido por el registrador de la propiedad del cantón al cual pertenece el bien inmueble; más todavía cuando la demandante al singularizar el inmueble señala los linderos y dimensiones del solar 13A de la manzana Z-15, Código Catastral 40101016013, con una superficie 97.14 m², en tanto que la certificación emitida por el Registrador de la Propiedad constante a fs. 53 y 211 del cuaderno de primer nivel, indica los linderos y dimensiones del solar No. 13 de la manzana Z-15, cuyos linderos y dimensiones son distintos a que la actora pretende prescribir. Que se ha aplicado indebidamente el Art. 2398 del Código Civil el mismo que dispone que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y en el presente caso se encuentra demostrado que el bien inmuebles (sic) del cual la actora pretende prescribir se encontraba hipotecado y con prohibición de enajenar, así como también embargado, según consta del certificado de fs. 211 del cuaderno de primera instancia y no como en forma errónea en la sentencia de recurrida se menciona que el bien inmueble está

en el comercio humano y es susceptible de prescribir, haciendo referencia a certificados obtenidos con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda.- **3.2.-** Respecto de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, la recurrente indica que no se ha aplicado lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, pues en este caso, en la sentencia de mayoría, se han mencionado únicamente las pruebas producidas en la primera instancia, limitando el pronunciamiento al punto principal de la demanda, analizando la pretensión de la parte actora. **3.3.** En cuanto a la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, la casacionista acusa la omisión de resolver todos los puntos sobre los que se trabó la litis, la misma que, dice, es diminuta ya que se ha omitido las excepciones planteadas por la recurrente. **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: **4.1.** Procede analizar en primer término el cargo que se fundamenta en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. Esta causal comprende: “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”. Los vicios que configuran la causal cuarta son relativos a la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y las excepciones deducidas, esto es, el asunto o asuntos que son materia de la litis. Los vicios que tipifican a la causal cuarta afectan al principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demanda, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto ésta debe pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. Acorde a la doctrina y la jurisprudencia, esta incongruencia, que es un error de procedimiento o vicio de actividad, puede tener tres formas o aspectos: 1) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); 2) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, es decir se decide sobre puntos que no son objeto del litigio (extrapetita); 3) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra o mínima petita).- Para que los cargos por la causal cuarta procedan, el escrito de casación debe contener: 1. El

señalamiento de los puntos que configuran el objeto del litigio, refiriéndose a las pretensiones de la demanda o reconvencción, a las excepciones y a las conclusiones del fallo. 2. La concreción del punto o puntos que se han resuelto sin ser parte del litigio (extra petita), o de la cuestión o cuestiones que se han resuelto en demasía o más allá de lo pedido (ultra petita), o la especificación de los aspectos que no se han resuelto habiendo sido parte del litigio (citra petita). 3. La determinación de la norma o normas jurídicas infringidas con los antes referidos vicios.- Al respecto este Tribunal estima que si bien las excepciones propuesta (**sic**) por la parte demandada en contraposición a la pretensión de la demanda, forma parte integrante de la litis, y los juzgadores están en la obligación de expresar las razones por las cuales admiten o desechan las excepciones, en el presente caso la casacionista no especifica cuál o cuáles de las excepciones opuestas a la demanda no han sido estimadas por el Tribunal ad quem, sino que se limita a expresar en forma general que “se ha omitido considerar las excepciones planteadas por la recurrente” (**sic**); forma muy amplia de exponer el cargo que denota falta de fundamentación; error que no puede ser suplido por este Tribunal ya que la carga en la sustentación del recurso de casación es tarea exclusiva del recurrente.- En consecuencia, se desestima la acusación por la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación.- **4.2.** Se analiza el cargo por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- 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 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. El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil contiene dos mandatos que deben ser observados por las juezas y jueces: a) El deber de valorar la prueba en su conjunto, no en forma aislada, acorde a las reglas de la sana crítica; y, b) La obligación de expresar en su sentencia la valoración de todas las pruebas que se hubieren actuado,

señalando las razones por las que admite unas y desecha otras. En el caso analizado, la casacionista expresa que a su parecer no se han analizado todas las pruebas actuadas sino únicamente las producidas en primera instancia, sin expresar en concreto cuáles pruebas no fueron consideradas por el Tribunal de instancia, por lo que la acusación vuelve a incurrir en generalidades como en el caso de la causal anterior, lo que determina que el recurso carezca de fundamento, tanto más que la sentencia objeto de este recurso en el considerando Cuarto se refiere a la prueba testimonial y documental actuada en segunda instancia. Consecuentemente, se desecha el cargo por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.

4.3. Corresponde referirse finalmente a las acusaciones sustentadas en la causal primera del Art. 3 de la mencionada Ley.

4.3.1. La causal señalada 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 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.

4.3.2. Con respecto a esta causal la recurrente acusa en primer término la errónea interpretación del Art. 2410 del Código Civil, concretamente, al requisito que según esta norma se exige para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en cuanto a que la demanda deberá ser dirigida contra la persona que figure como propietaria del bien inmueble en el Registro de la Propiedad.- La disposición legal antes referida establece: “*El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia*

hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.”.- La jurisprudencia nacional ha establecido para su procedencia justificar los siguientes requisitos: 1) Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. 2) La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de Ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3) Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes. 4) Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, esté debidamente singularizado e identificado.- 5) Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad del cantón donde se ubique el bien.- En el presente caso la demanda se refiere a una parte o fracción del terreno de propiedad de la demanda, Gloria Emperatriz Jiménez Galarza, lote No. 13 Mz. Z-15 de la parroquia El Cambio, cantón Machala, provincia de El Oro, lote que tiene una superficie total de 220 metros cuadrados, en tanto que el área objeto de la prescripción adquisitiva es fracción de ese lote que comprende una superficie de 97.14 metros cuadrados y que lo intenta identificar como lote “13-A”, que es lo que la actora pretende adquirir por prescripción. Si la demandada es la propietaria del lote en general de mayor extensión, naturalmente también lo es de la fracción materia de la demanda, de lo que se deduce claramente que es la persona contra quien ha de dirigirse la demanda acorde al requisito señalando anteriormente; es Gloria Emperatriz Jiménez Galarza quien figura como propietaria del bien inmueble, conforme a los varios certificados del Registrador de la Propiedad que obran del proceso (fs. 211 y 609 de primer nivel; 107 de segundo nivel); aspecto que ha sido correctamente analizado e interpretado en el fallo de mayoría de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, por lo que no se configura la infracción de errónea interpretación de la norma del Art. 2410 del Código Civil.- **4.3.3.**- La otra acusación es

la indebida aplicación del Art. 2398 del Código Civil, al haberse demostrado que el bien que se pretendía inscribir se halla hipotecado, con prohibición de enajenar y embargado, por tanto, no estaba dentro del comercio humano, acorde al certificado del Registrador de la Propiedad de fs. 211 del cuaderno de primer nivel.- **4.3.4.**- Al respecto este Tribunal considera pertinente hacer las siguientes reflexiones: 1) La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio o usucapión, es un modo originario de adquirir el dominio porque no depende de la voluntad del dueño sino de un hecho, la posesión, que mantenida por el tiempo (quince años) y las condiciones previstas en la ley (pública, pacífica e ininterrumpida) da derecho a demandar y obtener de un juez la declaratoria del derecho de propiedad. El Profesor Eduardo Carrión Eguiguren, nos dice: “A la prescripción adquisitiva se le atribuyen los caracteres siguientes: a.- Es un modo de adquirir originario: Según los arts. 622 y 2416, la prescripción es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas. Ahora bien, a pesar de que las cosas que se adquieren por prescripción son ajenas, es decir, tienen dueño, se dice que es un modo originario de adquirir porque el derecho del prescribiente no proviene del dueño anterior, sino de un hecho independiente de la voluntad de éste, que es la posesión. No hay en la prescripción sucesión de derechos. Por eso el inc. 2º del art. 737 enumera a la prescripción entre los títulos constitutivos de dominio.” (Obra: Curso de Derecho Civil, tercera edición, Ediciones Pontificia Universidad Católica, Quito, 1979).- El Art. 2398 del Código Civil, cuya indebida aplicación se acusa, dispone lo siguiente: “Salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.” En concordancia con esta disposición, el Art. 1480 del Código Civil establece que: “Hay objeto ilícito en la enajenación: De las cosas que no están en el comercio; De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.”.- Por tanto debemos establecer qué cosas no están dentro del comercio y si dentro de aquellas se encuentra comprendida las cosas que por determinada circunstancia están hipotecadas, prohibidas de enajenar o embargadas.- **4.3.5.**- No están dentro del comercio humano las cosas que por su naturaleza, no pueden ser objeto de enajenación, por mandato de la Constitución o la ley, por ejemplo: los bienes nacionales que pertenecen a toda la Nación y sirven para uso de sus habitantes como las calles, plazas, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playas (Art. 604 del C.C.); los recursos naturales no renovables, los productos del subsuelo como los yacimientos minerales e hidrocarburos (Art. 408 de la C.) Las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, (Art. 2 L de A.). Estos bienes, ya sean de uso de todos los habitantes o estén reservados al Estado, por su condición de inalienables, imprescriptibles

e inembargables, están fuera del comercio humano, por tanto, esta clase de bienes no se pueden adquirir por prescripción.- Juan Larrea Holguín, al referirse al tema indica: “Exige también la ley, que se trate de cosas “que están en el comercio”, y por estas palabras, se excluye de la prescripción los bienes comunes a todos los hombres, como la alta mar, el aire de la atmósfera, etc. En principio podría considerarse que igualmente no están en el comercio los bienes públicos de uso común...” (Obra Derecho Civil del Ecuador, primera edición tomo VII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 1987, pág. 316).- En la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Nacional de Justicia, el 19 de diciembre del 2006; a las 15h20, se expresa lo siguiente: “De las expresiones de la ley, aparecen con claridad los requisitos esenciales para que sea procedente y estos son: 1ro. Que el inmueble que se pretende adquirir está en el comercio humano, esto es, que no tengan prohibición legal para la transferencia del dominio. 2ro. La doctrina así lo considera el Dr. Carlos A Arroyo del Río, en la Obra “Estudios Jurídicos de Derecho Civil”, Tomo I, página 80 reproduce al respecto, la opinión del Tratadista Clemente de Diego, en su obra “Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral” Tomo III, pág. 281 en que expresa: “En la prescripción se trata, como sabemos, de ganar el dominio sobre una cosa, subsanando el vicio o defecto que ha tenido lugar en su adquisición. Despréndase de aquí que sólo las cosas susceptibles de apropiación y de dominio particular pueden ser objeto de prescripción, y como opera un cambio de dominio habrá de ser susceptible también de cambiar de dueño, en cuyo supuesto las cosas inalienables, mientras lo sean, no serán prescriptibles...” (Expediente de Casación No. 427-2009, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de diciembre del 2006, R. O. No. 502 de 8 de enero del 2009).- Entonces, en conclusión, podemos decir que no están en el comercio humano las cosas que por mandato constitucional o legal tienen el carácter de inalienables, ya sea porque se trata de bienes comunes de uso público o comunitario, ya sea por su carácter estratégico.- La otra cuestión es dilucidar, si los bienes hipotecados, prohibidos de enajenar o embargados se encuentra o no dentro del comercio humano; cuya situación es distinta, pues se trata de inmuebles o muebles que han estado o están dentro del comercio humano, pero que por decisión de sus propietarios o por orden judicial, su realidad jurídica ha variado con respecto a la facultad de disponer de aquellos. En cuanto a los bienes inmuebles hipotecados debemos señalar que la hipoteca constituye un gravamen hecho por voluntad del titular del dominio, por el cual un inmueble, que no deja de pertenecer a su dueño, sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación; se trata de un derecho accesorio, pues desaparecido el derecho de propiedad sobre el bien raíz se extingue también la garantía hipotecaria que tiene el carácter de accesorio, es decir, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Los bienes hipotecados si pueden ser enajenados, pueden ser objeto de transferencia de dominio, ya sea por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte, aunque al transferirse se mantenga el gravamen, así lo establece el

Art. 2317 del Código Civil cuando señala que el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario; de tal manera que la existencia de una hipoteca no constituye obstáculo para la enajenación del bien, menos aún puede considerarse como que el bien se halla fuera del comercio y no es susceptible de prescripción adquisitiva. La prohibición de enajenar, que puede ser por acuerdo o por orden judicial, es un impedimento para transferir el dominio del bien, lo cual implica que el propietario no está facultado para disponer de aquel y transmitir el derecho de dominio, so pena de nulidad del acto o contrato de transferencia, pero en el caso de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio no existe la voluntad de enajenar, esto es, el consentimiento por parte del propietario de transferir la propiedad del bien, sino la acción del poseedor que pretende adquirir el dominio a través de este modo originario, ya que en la prescripción adquisitiva no hay enajenación, sino que se adquiere el derecho sin la voluntad del dueño, más aún, con oposición de aquel.- A esto debemos agregar que si la prohibición de enajenar es voluntaria, es decir por acuerdo de las partes, se la puede dejar sin efecto por la misma vía, por la autonomía de la voluntad de las partes; y si la prohibición de enajenar es impuesta por una jueza o juez, éste podría autorizarla si con el producto de la venta se va a satisfacer una acreencia.- Finalmente, debemos analizar lo que sucede con los bienes embargados.- El embargo es una medida cautelar dictada dentro de un proceso de ejecución de una deuda, ordenada por el juez o quien tenga esa facultad por mandato legal, que implica la inmovilidad de un bien para evitar su enajenación a efecto de garantizar el cumplimiento de una obligación; en el caso del embargo no solo que está prohibida su transferencia por acto o contrato, sino que la custodia y administración pasa a manos de un funcionario, depositario.- En la ex Corte Suprema de Justicia han existido diversos pronunciamientos sobre el tema, así una de su Salas de tercera instancia ha expresado: “SEXTO.- *La comparecencia de la H. Junta de Defensa Nacional dentro de este procedimiento, en verdad, despeja “la duda acerca de que el terreno a que se refiere el actor en su demanda, está incluido entre los bienes del que fue José A. Lincango, cuya única heredera es María Dolores Lincango y que la H. Junta de Defensa Nacional lo ha tenido en depósito judicial desde el año 1965. SÉPTIMO.- El hecho de que se contiene en la parte última del considerando anterior, enerva, de manera total, la pretensión del actor; pues, el depósito judicial destruye su argumentación: de que ha poseído el terreno en disputa desde hace 16 años a la fecha de la presentación de la demanda 20 de abril de 1970 en forma tranquila, sin violencia, clandestinidad ni interrupción, que son los requisitos puntualizados en los artículos correspondientes del Título VII, Libro 2o. del Código Civil que trata sobre la posesión; pues, tal depósito judicial, desde 1965, ha interrumpido la posesión; y, en el supuesto de aceptarse la posesión no interrumpida, contrariando órdenes judiciales, la volvería clandestina y violenta.* (Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 8. Pág. 1776.

Quito, 16 de Abril de 1980).- La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de esa Corte ha expresado lo siguiente: “3. *Según la doctrina, que comparte esta Sala, el embargo o secuestro de un inmueble no interrumpe la posesión para efectos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Tales limitaciones al dominio no están comprendidas en los casos especificados en los artículos 2425 y 2426 del Código Civil. El tratadista Luis Acevedo Prado, al comentar este tema, para sustentar la tesis de que el embargo o secuestro no interrumpe la posesión cita la parte pertinente del siguiente fallo de la Corte Suprema de Colombia: “El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consuma la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada, y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna en el Código Civil que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación”. (La Prescripción y los Procesos Declarativos de Pertenencia. Tercera Edición. Editorial Librería El Foro de la Justicia. Bogotá Colombia. 1987. Pág. 218 y 219).* (Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 8. Pág. 1776. Quito, 16 de Abril de 1980) En este mismo sentido, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, señala: “Finalmente se analiza lo relativo a la errónea interpretación del artículo 2398 del Código Civil, que textualmente dice: “Salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.- Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados:”. A criterio del recurrente la errónea interpretación de esta norma se produciría por el hecho de que el bien materia de la acción se encuentra embargado por el Juez de Coactivas del Banco de Fomento y con prohibición de enajenar, situación que impediría la enajenación del bien. Al respecto se debe señalar que la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un modo originario de obtener la propiedad por mandato de la ley y en la que no interviene la voluntad del dueño del inmueble, por ende no se trata de una enajenación, razón por la que se descarta esta acusación.” (Expediente 261, Registro Oficial 608, 9 de Junio del 2009. Quito, 25 de julio del 2007; a las 09h20). Sobre este tema, el Tribunal advierte que la condición de encontrarse “fuera del comercio” por ser bienes inalienables viene dada por una situación jurídica consustancial a los bienes del Estado de uso público o por su carácter de estratégicos, de tal manera que se trata de una condición general y permanente; en tanto que para los bienes embargados, la imposibilidad de transferirlos es temporal, mientras esté vigente la orden de embargo, ya que se puede levantar la orden de embargo antes de producido el remate consignando el valor de la deuda, de tal manera que el bien recobraría sus condiciones normales de libre negociabilidad; incluso es factible enajenar el bien embargado previa

autorización judicial o con el consentimiento del acreedor, conforme lo previsto en el Art. 1480, inciso final, del Código Civil, que dispone: *“Hay objeto ilícito en la enajenación: De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.”* En consecuencia, los bienes embargados, aun cuando puede considerarse que no han sido excluidos del comercio humano, no pueden ser enajenados libremente por parte del titular del derecho dominio, pues existen restricciones, siendo posible transferirlos solo con la autorización del juez o del acreedor, cumpliendo los requisitos que señala la ley. Además, como se expresó anteriormente, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, pues no depende del consentimiento del titular de ese derecho y el embargo no interrumpe la posesión para efecto de tal prescripción, por ello el Art. 445 Código de Procedimiento Civil, en su inciso primero dispone: *“Para proceder al embargo de bienes raíces, el juez se cerciorará, por medio del respectivo certificado del registrador de la propiedad, de que los bienes pertenecen al ejecutado y de que no están embargados, ni en poder de tercer poseedor o tenedor inscrito, como arrendatario, acreedor anticrético, etc.”* A esto debemos añadir, que en caso de ser rematado y adjudicado un bien embargado que se encuentre en posesión de un tercero, quien ha demandado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la ley determina que el adquirente adjudicatario no tiene derecho a la evicción de la cosa, sino solamente a la restitución de lo pagado como precio, conforme el Art. 1791 del Código Civil, que establece: *“En las ventas forzadas, hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado, por causa de la evicción que sufriere la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta.”*; lo que corrobora que las cosas embargadas si pueden adquirirse por prescripción.- En conclusión, este Tribunal estima que los bienes que se hallen prohibidos de enajenar o con embargo si son susceptibles de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.- En tal virtud, se desecha el cargo por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación.- Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal que integra 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 Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial Justicia de El Oro, el 22 de noviembre del 2011, a las 10h51.- Sin costas.- De conformidad con lo prescrito en el Art. 11 de la Ley de Casación, entréguese a la actora el valor consignado como caución.

Notifíquese y devuélvase.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dr. Wilson Andino Reinoso, Jueces Nacionales.

IV

Juicio nro. 0410-2012

Resolución nro. 070-2013

Juicio ordinario por reforma de testamento propuesto por Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira y otros contra Mario Rodrigo Picerno Romero y otros.

SÍNTESIS:

Las herederas del de cujus, no fueron asignadas con ninguna parte del acervo; al contrario, el testador asignó todo su patrimonio a dos hermanos y una tercera persona. En las instancias se dicta fallo aceptando la demanda y ordenando el inventario y liquidación del patrimonio. En el libelo del recurso de casación interpuesto, discute respecto de la falta de citación a los “herederos presuntos y desconocidos”, lo cual a su parecer acarrearía la nulidad procesal. La incongruencia del fallo de apelación y otras aristas que son desechadas por la Sala, toda vez que no hallan asidero jurídico. Se desarrollan los conceptos de falta de legítimo contradictor, gravamen procesal, nulidad procesal, entre otros. La Sala finalmente desecha por improcedente el recurso incoado y no casa el fallo.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, miércoles 30 de junio del 2010. Las 16h51.

VISTOS: Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, comparecen de fojas 22 a 25 de los autos, y después de consignar sus generales de ley, dicen que: “...De la partida de defunción adjunta a la demanda, vendrá en conocimiento que su padre el señor Pedro Hipólito Picerno falleció el dieciocho de octubre del dos mil cinco abriéndose en consecuencia la sucesión hereditaria sobre los bienes que en vida adquirió. Que inmediatamente después a través del otorgamiento de la posesión efectiva cuya copia certificada adjunta, evidencian su aceptación de la herencia. Que el veintidós de diciembre del dos mil cinco se dio lectura al testamento cerrado que habría dejado su padre, diligencia que se tramitó en el Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Que una vez que tuvieron conocimiento del contenido del testamento, pudieron determinar que dentro de este, no se respetaron las asignaciones forzosas conforme lo dispuesto por el artículo mil ciento noventa y cuatro numerales dos y tres del Código Civil, viéndose por ende perjudicadas en sus derechos. Que dentro del testamento cerrado dejado por su padre se consideran como legatario a tres personas, que no tienen calidad de herederos y que fueron beneficiadas con más del ochenta por ciento del acervo que compone la

herencia por su padre, lo cual es improcedente a la luz del derecho ecuatoriano y dan fundamento y razón a la presente acción de reforma de testamento a efectos de lograr el respeto de las asignaciones forzosas a las cuales tiene derecho. Que tienen conocimiento de que parte del acervo que conforma la herencia dejada por su padre ha sido ilegítimamente sustraída debiendo ordenarse la restitución de estos bienes conforme las reglas establecidas en el Código Civil. Que el artículo mil ciento noventa y cuatro del Código Civil, dice que las asignaciones forzosas son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Que en el presente caso las asignaciones que aplican son las legítimas y la cuarta de mejoras, que en tanto no fueron consideradas dentro del testamento cuya reforma solicitan sean suplidas considerando las disposiciones legales que citan. Que al ser fallecidos su abuelo paterno y ser ellas las únicas descendientes de su padre, esas asignaciones deben ser necesariamente respetadas exclusivamente en su favor. Que el artículo mil doscientos siete del Código Civil, al tratar sobre el cálculo de las asignaciones forzosas, dice: “Habiendo tales descendientes, la masa de bienes previa las referidas deducciones y agregaciones se dividirá en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; una cuarta para las mejoras con el que el difunto habrá querido favorecer a unión mas de sus descendientes sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”. Que el artículo mil doscientos treinta y nueve del mismo cuerpo normativo, dice expresamente que los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme el testamento a su favor siendo ellos o sus descendientes los legitimarios activos para iniciar las acciones judiciales pertinentes. Que el derecho de los accionantes se funda también en los artículos mil doscientos cuarenta y mil doscientos cuarenta y tres del Código Civil, que establecen el derecho de los legitimarios a reclamar su legítima rigurosa y la cuarta de mejoras. Que al ordenar la conformación del acervo imaginario compuesto por todos los bienes de la herencia, conforme a todas las reglas del Código Civil, así como su adecuado reparto a las herederas y a los legatarios solicitan se considere lo dispuesto en el artículo mil doscientos cincuenta y cuatro del Código Civil, que dice: “el legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a la sucesión pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos; y no teniendo el dominio de ellos, está obligado a restituir el duplo”. Que de conformidad con el artículo mil doscientos sesenta y tres segundo inciso del Código Civil solicitan se declare yacente a la herencia, nombrar a la señorita Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira como curadora y por ende administradora de los bienes hereditarios, previo la realización del inventario. Con estos antecedentes y con los fundamentos de derecho invocados, demanda a los señores Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero; y a la señora Celia Urdaneta Sánchez, a fin de que en sentencia se calcule el acervo que conforma la

herencia dejada por su padre y en función de esta se modifique el testamento cerrado cuya reforma solicitan respetando las asignaciones forzosas que en su favor ampara la Ley. Que se orden la inscripción de la presente demanda en el Registro de la Propiedad del cantón Quito...”. Por sorteo ha correspondido el conocimiento de la presente causa a esta Judicatura, admitiéndose a trámite la pretensión. La parte actora ha solicitado la citación de la señora Cilia Urdaneta Sánchez mediante publicaciones por la prensa, misma que previo a la declaración juramentada de imposibilidad determinar el domicilio de la demandada, que consta a fojas 29 de los autos, se ordena las mismas que se realizaron en el diario La Hora, en sus emisiones del martes 31 de enero, miércoles 1; y jueves 2 de febrero del año 2006; que consta de los autos de fojas 50; 51 y 52, a ellas se refiere la razón que sienta el señor Secretario de esta Judicatura a fojas 53 vuelta; quien comparece a juicio, en forma extemporánea para proponer excepciones, mediante escrito a fojas 71 de los autos, en el que señala cասillero judicial para recibir sus notificaciones. Se ha citado a los señores Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero, mediante boletas, según consta de las razones sentadas por la Oficina de Citaciones a fojas 59 y 60 de los autos. Los demandados en la presente causa, señores Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero, comparecen a juicio, mediante escrito de fojas 61, 69 de los autos, en el que contestando a la demanda, en lo principal proponen las siguientes excepciones: 1) Improcedencia de la demanda tanto en su forma como en su fondo por no cumplir con los requisitos del art. 67 del Código de Procedimiento Civil, por no aparejar a la demanda los documentos exigidos por la Ley, y por otro lado no se ha cumplido con el deber jurídico de determinar la causa o fundamento de la reforma del testamento otorgado; 2) Niegan que el testamento solemne cerrado, otorgado por su hermano haya sido impugnado; 3) Niegan lo expresado en la demanda, en el sentido de que no son herederos, por el contrario ratifican su condición de tales, de conformidad con la ley; 4) Niegan lo manifestado en la demanda, en el sentido de pretender la reforma del testamento solemne cerrado, toda vez que no se ha impugnado el mismo, y mas fue declarado válido mediante sentencia, la que esta ejecutoriada y ejecutada; 5) Niegan las pretensiones, toda vez que suscribieron el acta de la diligencia de lectura del testamento solemne cerrado, sin objeción alguna reflejando así su conformidad con el mismo tanto en la forma como en el fondo; 6) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 7) Falsedad de la demanda, pues la relación que se hace de los hechos no coincide con la realidad; 8) Nulidad de todo lo actuado por omisión de solemnidades sustanciales previstas por la ley violación de trámite. Reconvienen a las actoras la indemnización de daños y perjuicios provenientes del lucro cesante y el daño emergente que les están causando por la deducción o varias acciones judiciales, si como el daño moral ocasionado en razón de las denuncias falsas ofensas e injurias que han atentado contra su dignidad, buen nombre, honorabilidad entre otros principios o parámetros que han sido

predicados durante su vida; para lo cual fijan la cuantía de reconvencción en USD \$ 200.000,00 dólares americanos. Corridas traslado que han sido la actoras, contestan la demanda, mediante escrito de fojas 72 a 78 de los autos; en el que en lo principal proponen las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la reconvencción; 2) Incompetencia del Juez, ya que el resarcimiento de la suma de USD \$ 200.000,00 dólares es materia de otro juicio; que tiene su propio procedimiento; 3) Falta de derecho de los actores de la reconvencción; 4) Improcedencia de la reconvencción; 5) Falta del legítimo contradictor; 6) Nulidad de la reconvencción a la cual no se allanan; 7) Falta de personería de los autores de la reconvencción; 8) Alega ilegitimidad de las pretensiones constantes en la reconvencción, por contradictorias, contrarias al ordenamiento jurídico y arbitrarias, esto es sin sustento legal, lógico ni moral; 9) Inexistencia de la sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada que haya declarado la existencia de injurias, ofensas ni denuncias falsas proferidas; 10) Alega confusión, contradicción e incompatibilidad de las pretensiones procesales que devienen en improcedente de la reconvencción; 11) Alega violación de trámite de la materia de reconvencción. Se ha convocado a las partes a la junta de conciliación, celebrada el día 12 de septiembre del año 2007, según del acta que consta a fojas 86 de los autos. Diligencia a la cual comparecen las actoras Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, acompañada de su abogado defensor; y por otra parte el doctor Nelson Quirola Aráuz, ofreciendo poder o ratificación de los demandados Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero, intervención legitimada a fojas 647; y el doctor Marco Terán, ofreciendo poder o ratificación de la señora Cilia Urdaneta Sánchez, intervención legitimada a fojas 408 de los autos. Diligencia en la que las partes mediante sus abogados defensores respectivamente se ratifican en los fundamentos tanto de hecho como de derecho que han sentado en su demanda, así como en la contestación de la misma, en la reconvencción que han planteado los demandados, así como en las excepciones que a esta se le han realizado. Por existir hechos que debían justificarse, se ha recibido la causa a prueba por el término legal. Concluido que ha sido el trámite de la presente causa, encontrándose el proceso para resolver, con lo actuado para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** Por no advertirse omisión de trámite, ni solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, se declara su validez procesal. **SEGUNDO:** Las actoras en la presente causa, justifican su calidad de hijas y legitimarias del causante, con las partidas de nacimiento a fojas 95 de los autos, así como el deceso del señor Pedro Hipólito Picerno Romero, quien ha fallecido en esta ciudad de Quito el día 19 de octubre del año 2005, sin dejar cónyuge sobreviviente, conforme se desprende la inscripción de defunción a fojas 31 de los autos, calidades de legitimarias que las establece el art. 1205, numeral primero del Código Civil. **TERCERO:** La acción para que las actoras y legitimarias del de cujus interpongan la presente acción de reforma de testa-

mento se enmarca en la declaración de la voluntad del señor Pedro Hipólito Picerno Romero, contenida en el testamento solemne cerrado, otorgado por el señor Pedro Hipólito Picerno Romero, el día 30 de julio del año 1997, acto en el que a decir de las comparecientes su padre ha dispuesto de los bienes que por ley les pertenece, afectando así el derecho que tienen de acceder a la parte legítima y de mejoras del acervo; por cuanto aducen se ha beneficiado con su parte de la herencia los hermanos del de cujus y a una tercera persona. **CUARTO:** El art. 1239 del Código Civil, establece: "Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma, ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos, dentro de cuatro años, contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios...", y el art. 1243 ibídem, establece: "Si el que tiene descendientes de los determinados en el art. 1026, dispusiere de cualquier parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte.", fundamentos estos que debían ser justificados en la presente causa para que la acción de reforma del testamento sea pertinente por esta vía. **QUINTO:** El Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, establece la obligatoriedad que tiene el actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo, con oportunidad de la prueba y conforme lo dispone el art. 114 y 17 ibídem, analizamos la misma. Haciendo uso de la etapa probatoria Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira han solicitado la reproducción de todo cuanto en autos les fuera favorable, en especial la demanda y los documentos aparejados a la misma; han aportado con prueba documental, entre las que consta: A fojas 89 y 90 de los autos, certificados de pago emitidos por el Municipio de Quito, en los que se observa que los señores Mario Rodrigo y Romero Wilson Picerno Romero si tienen títulos pagados. De fojas 91 a 94, 444 a 446 de los autos, constan los certificados sobre bienes raíces, conferidos por la Dirección de Avalúo del Municipio de Quito, de los que se observan que el señor Picerno Romero Pedro Hipólito figura como propietario de 3 bienes inmuebles, cuyos números son: 1) 68988 avaluado en USD \$ 2.586,00 avalúo 2007 USD \$ 114.931,91; 2) 68990, avaluado 2005 en USD 12.660, avalúo 207 USD \$ 255.329,23; y, 3) 500773, avaluado en USD \$ 17.333; a fojas 95 de los autos constan las partidas de nacimiento de Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, con lo que justifican su derecho para intentar la presente acción; a fojas 96 de los autos consta la inscripción de defunción de Pedro Hipólito Picerno Romero, requisito fundamental para que exista una sucesión; los documentos constantes de fojas 97 a 106, 107 de los autos, carecen de eficacia probatoria por constituirse en copias simples; de fojas 109 a 115 de los autos consta la copia certificada de la escritura de la posesión efectiva otorgada a favor de las actoras por los bienes dejados por

el señor Pedro Hipólito Picerno Romero; de fojas 116 a 272, 589 a 593 de los autos, constan las copias certificadas del juicio de fijación de sellos nro. 960-2005, que se sustancia en el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, propuesto por Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero del que se observa que con fecha 09 de noviembre del año 2005, el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha ha dispuesto la guarda y fijación de sellos de los bienes y papeles que existan en el inmueble ubicado en la Urbanización El Condado, calle T, casa nro. 797, cabe mencionar que una vez practicada la diligencia las señoras Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, han comparecido al mencionado juicio, solicitando la cancelación de la fijación de sellos, aduciendo ser únicas herederas del causante; por lo que el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, con fecha 13 de febrero del año 2006, ha dispuesto el levantamiento de sellos; disposición que no se halla cumplida por cuanto con fecha 26 de junio del 2006, se ha concedido el recurso de apelación interpuesto, sin que de autos se observe fallo del superior; de fojas 273 a 372 de los autos, constan las copias certificadas del juicio penal de usurpación nro. 305-2006 que se sustancia en el Juzgado Cuarto de lo Penal de Pichincha, propuesto por Wilson Arturo Picerno Romero en contra de Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, del que se observa que con fecha 4 de septiembre del año 2006, se ha emitido sentencia aceptando la querrela penal deducida y declarando a Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, como autoras y responsables del delito de usurpación imponiéndoles las sanciones de ley, cabe señalar que las prenombradas han interpuesto un recurso de revisión del mencionado fallo; los documentos constantes de fojas 433 a 439 de los autos, no constituyen prueba, por cuanto no se atiende a la acción que se encuentra litigando de conformidad con lo establecido en el art. 116 del Código de Procedimiento Civil; de fojas 440, 441, 448, 450, 452, 453, 458, 466 de los autos constan certificados emitidos por entidades bancarias de las que se observan que el señor Pedro Picerno no registra como cliente; a fojas 447 de los autos, consta el oficio remitido a esta Judicatura por parte del Banco Pichincha C.A., del que se observa que a nombre del señor Pedro Hipólito Picerno Romero, existe 2 cuentas de ahorros activas y 1 cuenta corriente; a fojas 459 de los autos, consta el oficio remitido a esta Judicatura por parte del Banco Universal S.A. Uni Banco, en el que se observa los certificados de depósito a plazo que el señor Pedro Hipólito Picerno Romero poseía. Mientras que Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero, han solicitado la reproducción de todo cuanto en autos les fuera favorable, en especial la contestación a la demanda y la reconvención planteada; ha aportado con prueba documental, entre la que consta: de fojas 390 a 396 de los autos, facturas por concepto de atención médica de Pedro Picerno; a fojas 429 de los autos consta el oficio remitido a esta Judicatura, por parte del Hospital Metropolitano del que se observa que el 13 de junio del año 2005, en los libros sociales de Conjunto Clínico Nacional

CONCLÍNICA C.A., se encontraban registradas a nombre del señor Pedro Picerno un total de 2.371 acciones ordinarias y nominativas de un valor nominal de USD \$ 1,00 cada acción; a fojas 544 de los autos, consta el oficio remitido a esta Judicatura por parte del Conjunto Clínico Nacional-CONCLÍNICA C.A., de la que se observa que las acciones ordinarias que se encontraban registradas a nombre del señor Pedro Hipólito Picerno Romero; han sido distribuidas extrajudicialmente a la señora Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira en 1185 acciones de un dólar a cada una; y a la señora Evelyn Cristina Picerno Romero en 1186 acciones de un dólar cada una; de fojas 556 y 557 de los autos constan el certificado y factura conferido por Prever en los que se observa los gastos devengados por el señor Wilson Picerno del servicio exequial de quien en vida fue Pedro Hipólito Picerno Romero; a fojas 558 de los autos, consta el oficio remitido a esta Judicatura por parte de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, del que se observa la línea telefónica que fueron realizada cesión de derechos (**sic**) a Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira; a fojas 564 de los autos, consta el oficio remitido a esta Judicatura por parte de la Sociedad Funeraria Nacional, en el que se observa que con fecha 18 de abril del año 2006 se ha procedido a la inscripción de la transferencia de 2 nichos por el valor de USD \$ 2.070,00 cada uno; de fojas 567 a 586 de los autos, constan las copias certificadas del juicio verbal sumario nro. 24 del año 2006 que siguen los señores Wilson Arturo y Mario Rodrigo Picerno Romero en contra de las señoras Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira y Cilia Urdaneta Sánchez; de fojas 596 a 599 de los autos, constan las copias certificadas de la sentencia en el juicio de exhibición de testamento solemne cerrado juicio nro. 952-2005 Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, del que se observa que con fecha 12 de diciembre del año 2005, las 16h54, se ha emitido sentencia, el mismo que una vez cumplidas las formalidades y solemnidades previstas se declara la validez del testamento exhibido y que hoy es materia de la litis; y con fecha 20 de diciembre del año 2005, se ha procedido a la lectura del testamento cerrado en presencia de los legatarios, a excepción de la señora Cilia Urdaneta Sánchez. Han aportado con la confesión judicial de la señora Alexandra Catherine Picerno Rivadeneira, a fojas 514; Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, a fojas 521; quienes al responder a los pliegos de preguntas aportadas por los demandados a fojas 512 y 519 respectivamente dicen ratificarse a lo que consta en el proceso así como a lo establecido en el testamento que hoy se impugna. Por su parte Cilia Urdaneta Sánchez, ha solicitado la reproducción de todo cuanto en autos le fuera favorable en especial lo manifestado en la junta de conciliación. **SEXTO:** Se ha practicado las diligencias de inspección judicial señaladas a los bienes inmuebles constantes en el testamento cerrado y que es objeto de la controversia, diligencias que se han llevado a cabo los días 8 de abril el año 2008 (fojas 486); 15 de abril del año 2008 (fojas 492); 19 de mayo del año 2008 (fojas 498); diligencias en las que se ha dejado constancia de

la existencia material de los bienes inmuebles dispuestos en el testamento impugnado por esta vía. De igual forma se ha realizado la diligencia de inspección judicial a la Notaría Décimo Sexta del cantón Quito, constante del acta a fojas 500, en la que se ha exhibido el protocolo del testamento cerrado otorgado por el señor Pedro Hipólito Picerno Romero, cuya cubierta se ha aparejado a los autos y que consta de fojas 501 y 502. **SÉPTIMO:** La acción de reforma de testamento es un derecho específicamente concedido a los legitimarios, es decir, aquellas personas que ostentan esa calidad por ser hijos del de cujus en su primer orden y padres en su segundo orden, conforme así lo dispone el art. 1205 del Código Civil, así en la especie las actoras han justificado ser legitimarias del señor Pedro Hipólito Picerno Romero, a través de instrumentos públicos, de los que se observa que son hijas del testador; así como segundo presupuesto para la validez plena de la acción debía justificarse que la cantidad asignada por su padre a terceras personas perjudica en sí a la cantidad que por ley les pertenece como legítimas efectivas, conforme lo establece el art. 124 y 1243 del Código Civil. **OCTAVO:** No cabe en la especie el calificativo de herederos universales, puesto que la voluntad expresa del testador ha sido asignar una parte de sus bienes a su arbitrio, por lo tanto son considerados como asignatarios a título singular, sin que esto reste el derecho que tienen los legitimarios de iniciar la acción de reforma de testamento, cuidando las rigurosas y mejoras se vieren perjudicadas, así el art. 1132 del Código Civil establece: *“Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se los llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios, y no representan al testador, ni tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma.”*, por lo tanto se ampara plenamente la acción de las actoras por esta vía. De la prueba aportada por las actoras se puede observar que en verdad los bienes asignados por el causante no se enmarcan dentro de lo establecido en la legislación actual, ya que conforme se observa de las hojas catastrales de avalúo emitidas por el Municipio de Quito, los bienes inmuebles asignados a las actoras quienes son hijas y por lo tanto legitimarias del causante, no llenan las legítimas efectivas, esto es la mitad de los bienes del testador por legítimas o rigurosas y la cuarta parte de los bienes por mejoras; siendo que la legislación actual contempla tan solo una carta (**sic**) parte de los bienes para que el testador pueda disponer de sus bienes a su arbitrio, incluyendo en esto a sus hermanos y a terceras personas que no tienen vínculo sanguíneo. **NOVENO:** Por su parte los demandados han basado su defensa en la validez del testamento otorgado, para lo cual han aparejado copias certificadas de la apertura del testamento, de lo que se observa que sin lugar a duda el testamento impugnado por esta vía cumple con los requisitos de forma establecidos en el art. 1059, 1061 y 1063 del Código Civil, mas contraría disposiciones expresas establecidas en la Ley para los asignatarios forzosos,

así como tampoco se observa prescrita la acción que les ampara a los asignatarios forzosos. **DÉCIMO:** Por lo dicho, la acción de reforma de testamento no implica que el testamento otorgado por el causante quede sin efecto, o que no tenga validez jurídica, más como su palabra mismo lo menciona se reforma las disposiciones testamentarias contendidas en el observándose de la prueba actuada que las asignaciones realizadas contrarían el derecho preferente que tienen los legitimarios, conforme así lo contempla el art. 1239 del Código Civil, hecho que suceden en la especie. **DÉCIMO PRIMERO:** Mas en la especie, al no tratarse de un juicio de inventarios y por no habérselos practicado con antelación, resulta incierto cuantificar la masa de que se compone el acervo líquido de bienes de los que el testador podía disponer, ya que en la especie se ha hecho prueba de acciones, cuentas bancarias, gastos de mortuoria, de última enfermedad bienes inmuebles, hecho que implican (**sic**) necesariamente ser incluidos en la masa de bienes para determinar cuánto le corresponde a cada asignatario. Por las consideraciones que preceden de conformidad con lo establecido en el artículo 1239 del Código Civil, y por justificado el derecho de las actoras para plantear la reforma del testamento. **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, SE ACEPTA**, la demanda, y en consecuencia se dispone que una vez practicados los correspondientes inventarios solemnes de los bienes dejados por el señor Pedro Hipólito Picerno Romero, y en el respectivo juicio de partición se adjudique a Alexandra Katherine y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira, las legítimas efectivas, conforme el art. 1214 del Código Civil, componiéndose esta de la mitad de los bienes del acervo líquido por rigurosas, más una cuarta parte más por mejoras; y que la cuarta parte del acervo líquido se adjudicado a los señores Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero; y señora Cilia Urdaneta Sánchez, en concepto de cuarta de libre disposición. Por falta de prueba se rechaza la reconvención propuesta por los señores Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero. Sin costas, ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) **Dr. Edwin Argoti Reyes, Juez.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, martes 20 de julio del 2010. Las 10h51.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado. Por satisfecho el traslado. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil establece: *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubieren resuelto alguno de los puntos controvertidos...”* en el presente caso, la sentencia es clara y se han resuelto todos los puntos controvertidos, en consecuencia, no proceden la aclaración solicitada por la parte demandada, y se la niega. **Notifíquese.**

f) **Dr. Edwin Argoti Reyes, Juez.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL**Jueza Ponente: Dra. María Augusta Sánchez Lima.****CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.** Quito, miércoles 20 de junio del 2012. Las 14h00.

VISTOS: Avocan conocimiento de la presente causa los doctores María Augusta Sánchez Lima, Paúl Pacheco Barzallo, Fernando Mayorga Mayorga de conformidad con las acciones de personal nro. 139-Dp-dpp, 1014-dp-dpp y 1611-dp-dpp, respectivamente, en calidad de jueces encargados. En lo principal, sube por apelación la sentencia dictada por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario que por reforma de testamento sigue Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira contra Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero y Cilia Urdaneta Sánchez, concedido el recurso se eleva el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y por el sorteo legal se ha radicado la competencia en la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales que para resolver hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** no se advierte omisión de solemnidad sustancial que hubiere influido en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez del proceso. **SEGUNDO:** Comparecen las accionantes y en su libelo de demanda manifiestan: de la partida de defunción adjuntada a la demanda, vendrá en conocimiento que su padre el señor Pedro Hipólito Picerno falleció el 18 de octubre del 2005, provocando la apertura de la sucesión. Inmediatamente y en su calidad de legitimarias proceden a la posesión efectiva de los bienes del fallecido, cuya copia certificada adjuntan, evidenciado su aceptación a la herencia. El 22 de diciembre del 2005, se dio lectura al testamento solemne cerrado que habría dejado su padre, diligencia que se tramitó en el Juzgado Octavo de lo Civil De Pichincha, conforme a las reglas del Código De Procedimiento Civil. Que una vez que tuvieron conocimiento del contenido del testamento, pudieron determinar que dentro de este, no se respetaron las asignaciones forzosas conforme lo dispuesto por el artículo 1194 numerales dos y tres del código civil, viéndose por ende perjudicadas en sus derechos. Que dentro del testamento cerrado dejado por su padre se consideran como legatarios a tres personas, que no tienen calidad de herederos y que fueron beneficiadas con más del ochenta por ciento del acervo que compone la herencia por sus padres, lo cual es improcedente a la luz del derecho ecuatoriano y dan fundamento y razón a la presente acción de reforma de testamento a efectos de lograr el respeto de las asignaciones forzosas a las cuales tienen derecho. Que tienen conocimiento de que parte del acervo que conforma la herencia dejada por su padre ha sido ilegítimamente sustraída debiendo ordenarse la restitución de estos bienes conforme las reglas establecidas en el Código Civil. El artículo 1194 del Código Civil, dice que las asignaciones forzosas son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que suplen cuando no

las ha hecho, aún en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Que en el presente caso las asignaciones que aplican son las legítimas y la cuarta de mejoras, que en tanto no fueron consideradas dentro del testamento cuya reforma solicitan sean suplidas considerando las disposiciones legales que citan. Al ser fallecidos sus abuelos paternos y ser ellas las únicas descendientes de su padre, esas asignaciones deben ser necesariamente respetadas exclusivamente en su favor. El artículo 1207 del Código Civil, al tratar sobre el cálculo de las asignaciones forzosas, dice: "habiendo tales descendientes, la masa de bienes previa las referidas deducciones y agregaciones se dividirá en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; una cuarta para las mejoras con el que el difunto habrá querido favorecer a uno más de sus descendientes sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio". El artículo 1239 del ibídem, dice expresamente que los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme el testamento a su favor siendo ellos o sus descendientes los legitimarios activos para iniciar las acciones judiciales pertinentes. Que el derecho de las accionantes se funda también en los artículos 1240 y 1243 del Código Civil, que establecen el derecho de los legitimarios a reclamar su legítima rigurosa y la cuarta de mejoras. Que al ordenar la conformación del acervo imaginario compuesto por todos los bienes de la herencia, conforme todas las reglas del Código Civil, así como su adecuado reparto a las herederas y a los legatarios solicitan se considere lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, que dice: "el legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a la sucesión pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos; y no teniendo el dominio de ellos, está obligado a restituir el duplo". Que de conformidad con el artículo 1263 segundo inciso del Código Civil solicitan se declare yacente a la herencia, nombrar a la señorita Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira como curadora y por ende administradora de los bienes hereditarios, previo la realización del inventario. Con estos antecedentes y con los fundamentos de derecho invocados, demandan a los señores Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero; y señora Cilia Urdaneta Sánchez, a fin de que en sentencia, se calcule el acervo que conforma la herencia dejada por su padre y en función de esta se modifique el testamento cerrado cuya reforma solicitan respetando las asignaciones forzosas que en su favor ampara la ley. Que se ordene la inscripción de la presente demanda en el Registro de la Propiedad del cantón Quito. Demandan a los señores Mario Rodrigo, Wilson Arturo Picerno Romero y a la señora Cilia Urdaneta Sánchez, quienes han sido legatarios sin tener la calidad de herederos del causante, pues así aparecen en el testamento cerrado cuya reforma pretenden. Se cita a los demandados y a la señora Cilia Urdaneta Sánchez mediante publicaciones por la prensa, previo la declaración juramentada de imposibilidad de determinar el domicilio e individualidad de la demandada (fojas 29). Citados en legal forma, comparecen los demandados y proponen excepciones que

corren a fojas 61 a 68 y 71 del cuaderno de primer nivel, los primeros dicen: improcedencia de la demanda; el testamento solemne cerrado no ha sido impugnado; afirmar tener la calidad de herederos; no se puede pedir la reforma del testamento por cuanto éste no ha sido impugnado pues se ha declarado su validez mediante sentencia ejecutoriada; negativa absoluta de los fundamentos de hecho y derecho; falsedad de la demanda; nulidad de lo actuado por omisión de solemnidades sustanciales y violación de trámite; reconviene a las accionantes al pago de indemnización por daños y perjuicios, lucro cesante, daño emergente y daño moral. La señora Cilia Urdaneta en su comparecencia al proceso dice que alega la nulidad del proceso por cuanto las accionantes conocen de su existencia y para ellas era fácil ubicar el domicilio de la demandada, por lo que no era procedente citarla por la prensa. **TERCERO:** Las accionantes dentro del término legal contestan la contrademanda y básicamente dicen que no existe tal daño moral, y por el contrario ellas han sido objeto de insultos y malos tratos de sus tíos. Trabada la litis correspondía a las partes justificar sus aseveraciones y excepciones de conformidad con lo dispuesto por los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil. Sustanciada la causa de conformidad con la naturaleza del asunto, el Juez a quo dicta sentencia aceptando la demanda, en tal virtud los demandados interponen recurso de apelación. **CUARTO:** El proceso ordinario tiene delimitados los puntos respecto de los cuales el Tribunal Superior debe fallar, límites que están determinados por los puntos a los que se contrae el recurso de conformidad con el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, puntos que en la especie constan a fojas 6 a 14 y son a) la falta de citación por la prensa a los herederos presuntos y desconocidos del causante ha provocado la nulidad del proceso por omisión de una solemnidad sustancial y porque se les ha privado del derecho a la defensa; b) tampoco se citó al Notario donde se otorgó el testamento ni al Registrador de la Propiedad en donde se cumplió con la inscripción, lo que provoca la nulidad del proceso; c) ilegitimidad pasiva pues los demandados somos legatarios aunque en el testamento el testador use la palabra herederos, y la acción de reforma de testamento debe hacerse contra los herederos no contra los legatarios; d) hay violación de trámite ya que el Juez no mandó a completar la demanda en cuanto a la citación a los herederos presuntos y desconocidos; e) a la fecha de presentarse la demanda de reforma de testamento, el mismo no estaba registrado en el Registro de la Propiedad; f) improcedencia de la demanda, pues la acción intentada no es la pertinente; g) la resolución del Juez a quo adolece de extra petita, pues lo que se demandó es la reforma del testamento, mientras que el Juez a más de concederla, ordena se inicie el juicio de inventarios y el de partición, dando en su resolución más de lo solicitado; h) no se ha tomado en cuenta las pruebas aportadas referentes al daño moral causado. **QUINTO:** El artículo 1239 del Código Civil prescribe: “Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento y

podrán intentar la acción de reforma, ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos, dentro de cuatro años, contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios. Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá respecto de él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años, contados desde el día en que tomare esa administración”; el artículo 1204 ibídem: “Legítima es la cuota de los bienes de un difunto, que la ley asigna a los legitimarios. Los legitimarios son, por consiguiente herederos”; y el artículo 1205: “Son legitimarios: 1.º Los hijos; y, 2. Los padres”; el artículo 1243: “Si el que tiene descendientes de los determinados en el artículo 1026, dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento y se les adjudique dicha parte”. Ahora bien consta del proceso que el causante ya no tenía padres por haber fallecido, ni cónyuge pues toda su vida tuvo el estado civil de soltero; pero si dos hijas, en tal virtud quienes eran legitimadas activamente para proponer la acción de reforma de testamento son solamente sus hijas, como lo han hecho por ser las únicas legitimarias del causante. Por su parte el artículo 1207 del Código Civil dispone: “La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1001 y las que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. No habiendo descendientes con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; una cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”; teniendo en cuenta que la acción de reforma de testamento procede solamente si los legitimarios consideran que el testador ha vulnerado sus derechos en cuanto a las asignaciones otorgadas en el testamento y vista la pretensión de los accionantes y su calidad la acción está debidamente planteada pues reúne los requisitos legales para su procedencia debiendo en este proceso establecer si efectivamente el testamento cerrado otorgado por el causante vulnera los derechos establecidos legalmente por las normas sustantivas aplicables al caso. **SEXTO:** Respecto de la primera impugnación de los recurrentes sobre la nulidad provocada por la falta de citación a los herederos presuntos y desconocidos del causante, cabe recordar lo que dispone la norma legal pertinente: artículo 82 del Código de Procedimiento Civil: “... Cuando deba citarse a herederos, a los conocidos se citará personalmente o por boleta y a los desconocidos o cuya residencia fuere imposible determinar, en la forma prevista por los incisos precedentes...”; la norma es clara cuando “deba citarse a herederos”, dicha frase implica el hecho cierto de que la parte actora haya

deducido su demanda contra herederos conocidos y contra herederos presuntos y desconocidos en tal evento es obvio que debe citarse a los conocidos según las reglas generales y a los desconocidos o cuya individualidad no se conozca a través de la prensa, más consta del libelo de demanda que las accionantes demandan la reforma de testamento por considerar que los legatarios constantes en el testamento, no deben heredar en las cantidades otorgadas, por tanto demandan a los legatarios claramente señalados en el testamento, no puede por tanto pretenderse hacer extensiva la demanda a otros quienes ni han sido parte del testamento ni han sido demandados por las accionantes. Para abundar en el tema, existe la obligación de citar a los herederos presuntos y desconocidos cuando aquellos han sido mencionados así en la demanda. Se debe tener en cuenta que la citación es la forma de hacer conocer a los demandados del contenido de la demanda, pero si no han sido demandados mal se puede impugnar la validez de un proceso por la supuesta omisión de solemnidad sustancial que en la especie no procede, tanto más cuanto la reforma del testamento en caso de aceptarse afectaría a quienes han sido declarados legatarios y no puede perjudicar a otros terceros quienes no han sido parte del testamento, y en caso de aparecer otros supuestos legatarios o legitimarios deberían intentar las respectivas acciones pertinentes. Por lo tanto la petición de nulidad por la falta de citación a los herederos presuntos y desconocidos del causante es improcedente y se la rechaza. **SÉPTIMO:** Sobre la nulidad alegada por falta de citación al Notario y al Registrador de la Propiedad, cabe señalar que hay obligatoriedad de citar al Notario en todas aquellas acciones en que se pretende declarar la nulidad de una escritura pública, cuya omisión no provoca nulidad del proceso sino falta de legítimo contradictor pasivo, lo que provoca que no se pueda dictar sentencia de fondo por no estar debidamente conformada la litis consorcio necesaria; y se debe citar obligatoriamente al Registrador de la Propiedad en los procesos de nulidad de inscripción o petición de inscripción de bienes, con el mismo efecto que lo señalado respecto de los Notarios; más en el presente caso, estamos frente a un proceso de reforma de testamento solemne cerrado, en el que se impugnan las disposiciones y asignaciones del testador, en donde no se está atacando la validez formal del otorgamiento ante el Notario, pues de conformidad con la sentencia agregada al proceso se han cumplido con todas las formalidades procedentes en este tipo de testamentos, es decir en cuanto a los testigos, su calidad, la presencia del Notario, sus firmas, los sellos, la forma en que debió ser puesta en conocimiento de las partes, etc., por tanto el Notario no es parte en cuanto a la declaración de voluntad del causante, que es lo que se está impugnando; y respecto del Registrador de la Propiedad tampoco procede la citación pues él solamente se limita a dar cumplimiento a lo que dispone la Ley en referencia a la inscripción cuando el Juez competente así lo ordena. En tal sentido se desecha la impugnación señalada por los demandados. **OCTAVO:** Respecto de la falta de legitimación pasiva, pues los demandados dicen ser legatarios

aunque en el testamento se use la palabra herederos, y la acción de reforma de testamento debe hacerse contra los herederos no contra los legatarios, basta con leer la norma contenida en el artículo 1132 del Código Civil: “*Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se los llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios, y no representan al testador, ni tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma*”; queda claro entonces que aunque sean legatarios a título singular, por aquel hecho no quedan excluidos de cualquier responsabilidad que pudiere sobrevenirles vía acción de reforma de testamento, que es justamente lo que se analiza en este proceso. En conclusión siendo legatarios del causante aunque en el testamento cerrado se les hubiere llamado herederos, su responsabilidad en caso de la reforma del testamento es procedente, convirtiéndose en legitimados activos como en debida forma se ha hecho en la especie. Queda así absuelta la impugnación de los recurrentes. **NOVENO:** Sobre la violación de trámite aducida por los demandados en base a la falta de citación del Notario y Registrador de la Propiedad, dicha alegación ha quedado absuelta en el considerando Séptimo de este fallo, por tanto se la desecha. **DÉCIMO:** En cuanto a la improcedencia de la demanda por cuanto a la fecha de su presentación el testamento no estaba registrado en el Registro de la Propiedad, cabe señalar que el artículo 1239 del Código Civil dispone: “*Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma, ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos, dentro de cuatro años, contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios. Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá respecto de él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años, contados desde el día en que tomare esa administración*”; por tanto como requisito para la procedencia de la acción de reforma de testamento solamente se exige que el legitimario lo haga dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento del testamento y de su calidad (en la especie, las legitimarias conocían su calidad por ser hijas reconocidas por el causante y por haberse leído en legal forma el testamento cerrado y así aprobarlo el Juez a quo), además de que dentro del término legal (antes de los 4 años) la hija mayor del causante ha sido designada administradora, por lo que los únicos requisitos legales para la procedencia de la acción están cumplidos, y al no ser requisitos legales para la procedencia de la acción están cumplidos, y al no ser requisito el hecho de inscribirse en el Registro de la Propiedad, mal se podría declarar la improcedencia de la acción por falta de una formalidad no establecida como requisito legal, aceptarlo sería concluir formas no exigidas por la Ley, y hacer prevalecer formalidades en perjuicio de los derechos legales

consagrados y reconocidos por la Ley. Así se absuelve la impugnación de los recurrentes. **DÉCIMO PRIMERO:** Sobre el argumento de que la acción intentada no es la procedente, sino la de nulidad de testamento, simplemente en atención a lo razonado en este fallo, se evidencia que la acción de reforma de testamento procede cuando los legitimarios consideran que el testador o causante en forma ilegal no les ha dejado lo que les corresponde y quedando claro que dicha acción procede contra cualquier heredero o legatario, esta demanda procede y no sería a los demandados ha quienes les corresponde calificarla, sino al juzgador establecer su procedencia o no según las normas legales aplicables al caso. **DÉCIMO SEGUNDO:** Sobre la posición de que el fallo impugnado adolece del vicio conocido como “*extrapetita*”, es decir dar más de lo que se ha solicitado, es importante aclarar que el proceso sucesorio por ser de conocimiento debe cumplir una serie de pasos para llegar a su conclusión definitiva y poder ejecutar en debida y legal forma lo estipulado o bien por el causante o por el Juez si se hubiere planteado una controversia judicial. De llegarse a la convicción en base a la sana crítica y a la aplicación de las normas legales concordantes con las pruebas aportadas al proceso, respecto de la pertinencia de reformar el testamento aquello implicaría no solamente establecer que las asignaciones a los legatarios tienen que reformarse, sino que debe inventariarse los bienes dejados por el causante y una vez establecidos aquellos bienes sucesorios, proceder a la partición de conformidad con las normas legales pertinentes, y que en la especie sería la contemplada en el inciso final del artículo 1207 del Código Civil, que determina la forma de proceder en las asignaciones de una sucesión en la cual existen legitimarios. Dejar de disponer que una vez ejecutoriada la providencia del juicio de reforma de testamento se proceda al inventario de los bienes y a su partición sería no permitir la ejecución de la resolución emanada de la eficiente aplicación de las normas legales frente a la pretensión de los accionantes en el juicio materia de esta litis. En la especie, resulta incierto cuantificar la masa que compone el acervo líquido de bienes de los que el testador podía disponer, y que a los autos se han agregado pruebas que acreditan la existencia de acciones, cuentas bancarias, gastos de mortuoria, gastos de la última enfermedad del de cujus, bienes inmuebles, hechos que implican necesariamente ser incluidos en la masa de bienes para determinar cuánto le corresponde a cada asignatario. Por lo tanto cuando el Juez a quo emite su resolución y como parte de ella dispone que una vez ejecutoriada proceda al inventario de los bienes sucesorios y posteriormente se inicie la partición, está ejerciendo la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado conferida por la Constitución de la República y por el Código Orgánico de la Función Judicial, en tal sentido no se puede hablar de que la sentencia impugnada adolece del vicio de “*extra petita*”. **DÉCIMO SEGUNDO:** Finalmente en cuanto a la impugnación de que no se ha valorado las pruebas referentes a la reconvencción por daño moral que plantearon los demandados contra las accionantes en este proceso, cabe señalar que

las partes evidentemente han tratado de demostrar sus asertos, sin embargo no aparece del proceso ninguna justificación que permita establecer con claridad y plena convicción que los demandados han sufrido daños morales que ameriten ser indemnizados económicamente, no basta manifestar en un proceso que una de las partes ha sufrido daños físicos o psicológicos que ameriten indemnización es indispensable que dichos daños consten probados en autos, que aparezca justificado el sufrimiento que padecieron los peticionarios; en la especie o aparece nada de aquello, todas las alegaciones al respecto han quedado como un simple enunciado; además de que analizando los documentos agregados al proceso, consta por el contrario que los demandados iniciaron un juicio penal contra las accionantes, y que por tal motivo se emitieron medidas privativas de la libertad, y que posteriormente con un recurso extraordinario de revisión sustanciado en la Corte Nacional de Justicia dicha resolución condenatoria ha sido revocada, evidenciándose que entre las partes efectivamente a lo largo del tiempo ha existido por decir lo menos serias controversias. Por lo tanto por falta de prueba no se puede aceptar la reconvencción propuesta por los demandados de este proceso. Por las consideraciones que antecedente, esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha el recurso de apelación interpuesto por los demandados y por lo considerado en este fallo confirma la sentencia venida en grado. **Notifíquese.**

f) **Dr. Paúl Pacheco Barzallo, Juez Presidente. Dra. María Augusta Sánchez Lima, Juez Encargada. Dr. Fernando Mayorga Mayorga, Juez Encargado.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, miércoles 26 de septiembre del 2012. Las 11h54.

VISTOS: Avoca conocimiento de la presente causa el Dr. Juan Toscano Garzón en calidad de Juez Titular y el doctor Carlo Carranza como Juez Encargado. Agréguese el escrito que contesta el traslado corrido con la petición de ampliación, y para resolver las mismas se considera: El artículo 282 de la codificación del Código de Procedimiento Civil establece que la ampliación tendrá lugar, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La resolución emitida por la Sala es clara e inteligible y en ella se resuelven todas las posiciones sometidas a decisión en el litigio, por lo que la petición de ampliación es improcedente y se la niega. **Notifíquese.**

f) **Dr. Juan Toscano Garzón, Juez Presidente. Dra. María Augusta Sánchez Lima, Jueza. Dr. Carlo Carranza Barona, Juez Encargado.**

FALLO DE CASACIÓN**Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.** Quito, a 18 de abril de 2013. Las 09h50.**VISTOS:** (Juicio nro. 410-2012 JBP)

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 nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con 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 189.1 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 por el recurso de casación oportunamente interpuesto por Mario Rodrigo Picerno Romero y Wilson Arturo Picerno Romero, contra la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, misma que confirma la sentencia subida en grado y que declara con lugar la demanda de reforma de testamento otorgado por Pedro Hipólito Picerno Romero, propuesto en contra de los ahora recurrentes por Alexandra Katherine Picerno Rivadeneira y Evelyn Cristina Picerno Rivadeneira. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Los recurrentes alegan como infringidas en la sentencia impugnada las disposiciones de derecho contenidas en los artículos 82, incisos primero y cuarto, 346 numerales tercero y cuarto, 349, 67, numerales segundo y séptimo, 69 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; 1132 del Código Civil; y, 75 y 76 numerales primero y séptimo, literal a) de la Constitución de la República. Fundamentan el recurso en las causales segunda por *“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”*, y, quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, porque *“La sentencia en su parte dispositiva ha adoptado decisiones contradictorias o incompatibles”*. Fijados así los términos objeto del recurso, queda determinado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en mérito del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador y normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues le está vedado revisar la sentencia impugnada por causas invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae, ni por errores que el recurrente no ha denunciado. 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, 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. CAUSAL SEGUNDA: 5.1.1.** Cuando se acusa violación de disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, norma suprema del Estado y fuente fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico a la que debe ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional y las actuaciones de jueces, autoridades públicas y ciudadanos. Los recurrentes señalan que, en la sentencia que impugnan, se interpreta erróneamente los Arts. 75 y 76.7 de la Carta Fundamental. Formulan el cargo como fundamento de la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, por lo que se lo analiza dentro de ese marco en el numeral 5.1.9 de esta resolución. Los casacionistas con sustento en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación afirman que: *“Existe una errónea interpretación de los incisos primero y cuarto del Art. 82 del Código de Procedimiento Civil que en la parte concerniente a los herederos, toda vez que de conformidad con el mismo es obligación citar a los herederos conocidos en sus domicilios y a los desconocidos o presuntos, mediante las publicaciones de rigor, pero a pesar de que esta norma es imperativa, en la sentencia materia del recurso se expresa en el Considerando Sexto, en la parte pertinente, ‘que no puede por tanto hacerse extensiva la demanda a otros quienes no han sido parte del testamento ni han sido demandados por las accionantes’... En todos los casos concernientes a una sucesión, debe necesariamente citarse a los herederos tanto conocidos como a los*

presuntos o desconocidos, esto no está al capricho de ningún accionante, es su obligación contar con todos éstos en su demanda y como consecuencia de esto deben ser citados de conformidad con la ley. La falta de citación a todos los demandados implica la nulidad de todo lo actuado, por omisión de la correspondiente solemnidad sustancial, que dicho sea de paso constituye garantía constitucional, nulidad que de conformidad con el procedimiento civil, se la debe declarar aún de oficio. La falta de citación a todos los demandados que en el presente caso son los herederos conocidos como los presuntos o desconocidos, genera indefensión, que no puede subsanarse como se lo expresa en la sentencia, con la formulación de las acciones legales de las que pudieran sentirse asistidos los posibles demandados, que pudieran aparecer”.

5.1.2. El fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y en consecuencia la armonía y paz sociales a través de la realización imparcial del derecho objetivo abstracto en el caso concreto que se resuelve a través del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La lógica consecuencia es que sólo “en el evento de violación de la norma procesal que afecte a la aplicación de ese derecho sustantivo, en forma tal que impida esa aplicación determina que la sentencia deba ser casada por vicios in procedendo” (ex Corte Suprema de Justicia. Resolución nro. 473 de 07 de septiembre del 1999, R.O. 332 de 03 de diciembre de 1999). Es evidente la necesidad de que el proceso se inicie y se desarrolle en condiciones viables, por lo que es obvio que carece de esta virtud cuando en su iniciación o en su trámite se omiten o se desvían los principios legales que garantizan la idoneidad y eficacia de los actos que lo integran así como el derecho de defensa de los sujetos procesales. Los principios que informa esta materia son los de la especificidad, protección, convalidación, trascendencia y oportunidad. Por el primero de estos principios “No hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todos los procesos, o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos, resultan, pues, limitativos y por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes” (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 574). El principio de la especificidad de las nulidades procesales está consagrado en el Código de Procedimiento Civil en los siguientes preceptos: Arts. 346, que prevé la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, 1014 que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. En tanto que son solemnidades especiales para el juicio ejecutivo, las que puntualiza el Art. 347 y, para el juicio de concurso de acreedores, aquellas que constan del Art. 348 asimismo del citado Código Procesal Civil. Como se puede apreciar, tiene carácter taxativo las nulidades procesales. Por la trascendencia, las posibles omisiones o irregularidades en la tramitación de un proceso, los medios para su corrección son diferentes, en atención a su naturaleza y gravedad, este principio reserva la nulidad para los casos que, “... por omitirse un elemento esencial para la idoneidad del

acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de la defensa de los litigantes, revisiten mayor gravedad...” (Humberto Murcia Ballén, ibídem, p. 574). Este principio, en cuanto informa que no hay nulidad de forma si la desviación no tiene importancia, no afecta las garantías fundamentales de defensa en juicio, se explica porque “La antigua máxima pas de nulité sans grief recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades” (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial I B de f, 4.ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 318). En consecuencia, no hay nulidad sin perjuicio, por lo que no puede hacerse valer la nulidad cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido un gravamen, por la vía de la nulidad, como principal medio de subsanar el vicio formal, sólo procede cuando la sentencia causa gravamen, cause perjuicio a la parte, provoque indefensión. Es preciso, pues, que el quebranto sea la determinante de la resolución tomada en ese fallo, es lo que la doctrina universal llama la eficacia causal del error in judicando. Por el principio de la protección, se establece la necesidad de consagrar expresamente la nulidad con el fin de proteger a la parte procesal cuyo derecho resultó vulnerado como consecuencia de la acción u omisión; en tanto que, por el de la convalidación, la nulidad, con la salvedad de ciertas excepciones, “No obstante existir materialmente en el proceso, se considera jurídicamente desaparecida de él por efecto del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio” (Humberto Murcia Ballén, id., p. 580). Las nulidades ocurridas durante el curso del proceso deben ser alegadas, por lo que quedan convalidadas si la parte interesada no lo hace y dentro del plazo legal correspondiente, pues siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición opera la ejecutoriedad del acto. En derecho procesal civil los vicios de forma se convalidan por el consentimiento. “... el derecho procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de las otras ramas del orden jurídico. Frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho” (Eduardo J. Couture, op. cit. p. 319). Fenecidos los plazos se opera la preclusión de su etapa procesal y los actos, aunque sean nulos, quedan convalidados. **5.1.3.** Los recurrentes invocan la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, porque en la sentencia impugnada encuentran que se interpretaron erróneamente los incisos primero y cuarto del Art 82 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se omitió la obligación de citar “a los herederos conocidos en sus domicilios y a los desconocidos o presuntos,

mediante las publicaciones de rigor”, que esa falta de citación “a todos los demandados, que en el presente caso son los herederos conocidos como los presuntos o desconocidos, genera indefensión, que no puede subsanarse”. 5.1.4. La causal invocada, a la letra establece: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 2da. 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”. Los recurrentes aducen que esa falta de citación conllevó la errónea interpretación del Art. 82, incisos primero y cuarto, del Código de Procedimiento Civil. La interpretación errónea determina error acerca del contenido de la norma, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador. Supone que el texto legal que debe aplicarse se prestaba a (sic). Lo que es diferente de la falta de aplicación de norma procesal que tiene lugar por absoluto desconocimiento de la norma, por desconocerse el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por ignorancia de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. La no aplicación supone la existencia de un texto legal claro y no llamado a interpretación especial y se presenta cuando dicho texto no se hace actuar en la situación específica en la que debe regir. En el caso sub lite, la reforma del testamento cerrado otorgado por el ahora fallecido Pedro Hipólito Picerno Romero el 30 de julio de 1997 y cuya apertura y lectura se cumplió en el Juzgado Octavo de lo Civil del cantón Quito, se propone contra los señores Mario Rodrigo Picerno Romero, Wilson Arturo Picerno Romero y señora Cilia Urdaneta Sánchez, en su calidad de legatarios instituidos en ese testamento. No existen otros demandados, menos herederos presuntos ni desconocidos. 5.1.5. Cabe puntualizar que la sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados en favor de otras personas también determinadas; en este sentido, la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, Art. 603 del Código Civil. Se puede suceder a una persona por testamento o por imperio de la ley, el Art. 994 ibídem, señala que si se sucede en virtud de un testamento de sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada. En el caso del segundo evento es el legislador quien indica a las personas que van a suceder al causante, por ello que se llama también sucesión legal. El Art. 995 de este mismo cuerpo legal define lo que debe entenderse por asignación por causa de muerte y por asignatario; respecto de la primera expresa que es la que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en los bienes de ésta, y, respecto del asignatario, lo entiende como la persona a quien se hace la asignación. En arreglo con el Art. 996 cuando el título es universal, la asignación recibe el nombre de herencia y el asignatario es heredero; cuando es singular, la asignación se llama legado y el asignatario, legatario. Como se expresó, los herederos son los asignatarios a título universal; respecto de ellos el Art. 1125 ejusdem dispone que “Los asignatarios a

título universal, con cualesquiera palabras que se los llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”. Caracteriza fundamentalmente a los herederos el hecho de que suceden en todo el patrimonio del causante, es decir, “... en el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles que lo componen, o en una cuota de él. El heredero no recibe bienes determinados, sino la universalidad jurídica que constituye el patrimonio, ya sea la totalidad de éste o una cuota de él” (Manuel Somarriva Undurraga, Derecho Sucesorio, versión de René Abeliuk, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1983, p. 21). Los asignatarios a título singular se llaman legatarios y la asignación, legado. Lo que caracteriza en esencia a los legatarios es que “...no suceden como los herederos en la universalidad del patrimonio, sino en bienes determinados, en bienes individuales, como un inmueble, un automóvil, tanto dinero” (Manuel Somarriva Undurraga, op. cit., p. 24). El art. 1132 asimismo del Código Civil prevé que “Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se los llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios, y no representan al testador, ni tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan”. Como se observa, los legatarios, a diferencia de los herederos, no representan la persona del fallecido, no tienen otros derechos que los que expresamente se les confieren y ninguna obligación que no fuere impuesta en el testamento. Lo comentado sirva para señalar que al no representar los legatarios la persona del causante es innecesario citar por la prensa herederos desconocidos como reclaman los recurrentes, desde que no han sido demandados herederos del causante. El Art. 82 del Código de Procedimiento Civil en su inciso cuarto prevé “Cuando debe citarse a herederos, a los conocidos se citará personalmente o por boleta y a los desconocidos o cuya residencia fuere imposible de determinar, en la forma prevista por los incisos precedentes”, es decir, por tres publicaciones en fecha distinta en un período de amplia circulación del lugar. Nótese que el precepto legal no establece la imperatividad de citar a herederos desconocidos por la prensa y en todos los casos, pues que el adverbio “cuando” determina la necesidad de hacerlo en el evento de que aquellos, con los conocidos, representen la persona del difunto, desde que lo que pasa a los herederos es el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles del causante, así lo dice el Art. 993 inciso segundo del Código Civil. A más de lo expresado, por el principio procesal de trascendencia no se ha afectado el derecho de los recurrentes, desde que la pretendida omisión no tiene importancia, no afecta las garantías fundamentales de defensa en juicio. En efecto, no hay nulidad sin perjuicio; como se dijo no se puede hacer valer la nulidad cuando la parte, a pesar de existir la infracción, no haya sufrido gravamen, no sufrió indefensión, por lo que no existe la eficacia causal del pretendido error in judicando. Por el principio procesal de la protección, se reitera, la nulidad se consagra con el objeto de proteger a la parte procesal cuyo derecho resulta vulnerado como necesaria consecuencia de la

acción u omisión, que no es el caso de los recurrentes. Éstos, encuentran que la falta de citación “a todos los demandados, que en el presente caso son los herederos conocidos como los presuntos desconocidos, genera indefensión, que no puede subsanarse como se lo expresa en la sentencia”. Al respecto, la Enciclopedia Jurídica OMEBA señala que la indefensión “... existirá siempre que la persona no haya podido defender sus derechos, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, que la garantía constitucional de la defensa requiere que “...en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga sus titulares y se les permita invocar y probar los hechos conducentes a la defensa”; esta audiencia, no es otra cosa que “... el derecho a ser oído, es decir, de alegar y probar en defensa del derecho subjetivo o del interés legítimo, según las leyes respectivas” (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. 1967, Tomo XV, p. 452). En consecuencia, se rechaza este cargo. **5.1.6.** Por lo que se deja escrito, la necesaria y lógica consecuencia jurídica es que no procede el cargo por errónea interpretación de los artículos 346, 349, 67 y 69 del Código de Procedimiento Civil. Este Tribunal no puede soslayar la defectuosa, por así llamar, formulación del cargo respecto de la errónea interpretación del Art. 67 del Código en mención y que consta del escrito de formalización en el apartado d.d): “El Art. 67 del cuerpo legal antes invocado (C.P.C.), claramente estatuye los requisitos de una demanda, y entre éstos los nombres completos del demandados (**sic**), que en este caso, también deben ser los herederos presuntos y desconocidos”. **5.1.7.** Dicen los recurrentes en el apartado f.f.): “Se interpreta erróneamente el Art. 1014 *ibídem*, al calificar de válido el proceso, cuando existe violación de trámite, al no haber dispuesto en su momento que las actoras completen previamente su demanda, en lo que tiene que ver a indicar el nombre de todos los demandados, incluidos los herederos presuntos y desconocidos y la forma cómo éstos deben ser citados legalmente”. Proceso, “...es la secuencia serie de actos que se desarrollan progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a la decisión” (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 122). “Conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional”. (Ugo Rocco, Derecho Procesal Civil, vol. I, Editorial Jurídico Universitaria, México, 2001, p.65). Ese conjunto de diligencias o actos procesales deben someterse a ciertos requisitos de forma, en otras palabras formalidades establecidas por la normativa procesal en garantía de la correcta administración de justicia y de la certeza con su modo de conseguirla “...así como también a fin de actuar el principio de la igualdad de las partes en el proceso y el de contradictorio” (Ugo Rocco, op. cit., p. 392). Por supuesto, su inobservancia vicia el o los actos procesales con su consecuente nulidad. El Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil señala que la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando anula el proceso; los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a

petición de parte, siempre que esa violación hubiere influido o pudiera influir en la decisión de la causa. Tal violación se refiere a la infracción del derecho positivo inobservando su cumplimiento forzoso, desde que el vocablo “violación” se debe entender como infracción, quebrantamiento o transgresión de la ley o mandato y que viene a ser el quebrantamiento del procedimiento o la vía que se debe observar para la presentación de la pretensión jurídica que habrá de ser resuelta por el órgano jurisdiccional y con la consecuencia que señala el precepto procesal. Del acierto de la vía en que se demanda la satisfacción de una pretensión jurídica depende el éxito formal del juicio. Esta premisa es trascendental y mira a la eficacia del procedimiento en cuanto correcto ejercicio del derecho a la acción a la jurisdicción; el presupuesto determina que la relación procesal, regularmente constituida, se desarrolle de forma válida y eficaz, pues las normas procesales son normas medios para la aplicación o realización de los preceptos sustantivos y, son normas instrumentales en cuanto sirven de instrumento para la realización de derecho en el caso concreto. Por ello que, 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, 17.^a edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1987, p. 162), anula el proceso cuando, específicamente esas diligencias se han apartado de la sustanciación que le corresponde en atención a la naturaleza de la causa; en efecto, el motivo de nulidad se presenta cuando el procedimiento dado a la causa es distinto del indicado por la ley, como cuando debiéndose sustanciar según la pretensión deducida en la demanda, en trámite ordinario o de lato conocimiento, se lo hace en trámite verbal sumario o de conocimiento abreviado o en trámite de juicio ejecutivo. Es constante la doctrina así como la jurisprudencia en cuanto a la nulidad procesal por violación de trámite si ella ha provocado indefensión o es determinante en la decisión de la causa, pues por el principio de la trascendencia esta ha de declararse sólo cuando su fundamento sea de tal naturaleza grave que afecte la decisión y no pueda ser susceptible de enmienda. En esta línea, “no hay cambio de procedimiento adecuado cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando no se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad, etc. Mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento (el ordinario por el verbal, éste por el abreviado)”. (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 596), entonces no se dará la causa segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. El Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil está relacionado con la garantía del debido proceso que prevé el Art. 76.3, parte final, de la Constitución de la República, identificada con el principio de legalidad adjetiva en cuanto no se puede juzgar sino conforme a las leyes preexistentes y “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, es decir en armonía con la vía o

procedimiento preestablecido específicamente por la disposición legal, a la que se debe sujetar el modo de sustanciación de la causa por el principio de la obligatoriedad de las formas procesales. Los recurrentes encuentran que existe violación de trámite “*al no haber dispuesto en su momento que las actoras completen previamente su demanda*”, hecho extraño a la naturaleza de la causa. El legislador ampara las asignaciones forzosas por medios directos e indirectos, entre estos últimos el principal para amparar las legítimas y mejoras lo constituyen los acerbos imaginarios; en tanto que, la acción de reforma del testamento es el medio directo y eficaz que reconoce el legislador a los asignatarios forzosos para amparar y defender sus legítimas, mejoras y porción conyugal, en su caso, Art. 1194 del Código Civil, pues que la acción de reforma del testamento “*no constituye otra cosa que la acción de los herederos forzosos para exigir que se les reconozca en tal calidad y se les haga la asignación que le es propia y exclusiva*” (Guillermo Bossano, Manual de Derecho Sucesorio, segunda parte Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, 1978, p. 99). La acción de reforma del testamento es personal, se la debe intentar en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de las asignaciones forzosas que ampara la acción, “*Si se trata de legítimas, deberá deducirse la acción contra la persona o personas a las cuales se les haya hecho tal asignación, sin ser hijos ni padres del testador. Si se trata de las mejoras, también contra los favorecidos que no sean descendientes del causante. Por último, en el caso de haber favorecido con la porción conyugal a quien no es el cónyuge sobreviviente, la acción deberá dirigirse contra él*” (Guillermo Bossano, op. cit., p. 101). Como la ley no le ha asignado o señalado una tramitación especial, se sujeta a las normas del juicio ordinario, es decir de lato conocimiento, Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, trámite que precisamente se ha observado en la sustanciación de la causa. Se desestima, por tanto, el cargo. **5.1.8.** Los censores formulan el cargo de interpretación errónea del Art. 1132 del Código Civil, “*pues se convalida el proceso en base a un juego de palabras al afirmar en el considerando Sexto de la sentencia materia del recurso de casación que claramente la demanda concierne a legatarios, entonces no debe aplicarse el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, cuando esta última norma jurídica, generaliza y se refiere a todos los casos de sucesión, sin distinción o excepción posible*”. Conforme la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación procede el recurso por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, es decir aquellas también denominadas instrumentales o adjetivas y que regulan el procedimiento para hacer efectivos los derechos de las personas, en la especie, se invoca norma de derecho sustancial o material, que son. “*...las que determinan los derechos en su esencia, o consagran los derechos y las obligaciones de las personas*”, (Humberto Murcia Ballén, ídem, p. 293). El precepto que se invoca, a la letra señala que “*Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se los llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios, y no representan al testador, ni tiene más derechos ni cargas que los que expre-*

samente se les confieran o impongan”. En efecto, como ya se dijo, los legatarios, a diferencia de los herederos, no representan la persona del causante, no tienen otros derechos que los que expresamente le confiere aquél en el testamento y a través de las asignaciones respectivas, y, no tienen, en principio, responsabilidad alguna por las obligaciones hereditarias excepto cuando son llamados a responder en subsidio del heredero y puede sobrevenirles responsabilidad como consecuencia del ejercicio de la acción de reforma del testamento, inciso segundo del Art. 1132 del Código Civil. En el apartado h. h) de su escrito de interposición del recurso, dicen los casacionistas “*Además la errónea interpretación de esta disposición legal (Art. 1132 C C), guarda estrecha relación con la omisión de otra solemnidad sustancial, que tiene que ver con la legitimación de personería, pues según la jurisprudencia presentada oportunamente en esta causa y que obra a fs. 378, 379 y 380 de los autos, la acción de reforma de testamento ha de plantearse contra herederos, mas no contra legatarios, pero sin embargo se hace nuevamente la interpretación de conveniencia constante en el considerando Noveno, en el sentido de que esta alegación está absuelta en el considerando Séptimo en el que se menciona al Notario y Registrador de la Propiedad, pero no se profundiza sobre el hecho de haber contado en la acción de reforma de testamento con los legatarios, cuando ésta se la debe dirigir contra los herederos*”. La legitimación de personería a la que se refieren los recurrentes, tiene que ver con lo que la doctrina llama legitimatio ad processum, que dice relación a la capacidad jurídica de las partes como presupuesto procesal, desde que en evento contrario invalida el proceso. Confunden los recurrentes la legitimación en el proceso con la legitimación en la causa, es decir con la legitimatio ad causam. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, esto es respecto a la existencia o inexistencia del derecho material pretendido y por medio de sentencia favorable o desfavorable. “*De consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. Se comprende así que es más apropiado decir que la legitimación en causa es condición para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito, lo que si es exacto en todos los casos... La legitimación es en realidad un presupuesto de la demanda y de la oposición que a aquélla formula el demandado, para que sea posible la sentencia de fondo, que resuelva sobre ellas... La legitimación en la causa contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso*” (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, tercera edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, pp. 255 y 256). Este Tribunal ya hizo pronunciamiento respecto de quienes son los legítimos contradictores en esta causa, la cita que se hace de un fallo de tercera instancia de la ex Corte Suprema de Justicia, no constituye jurisprudencia en los términos que señala el Art. 19 de la Ley de Casación, en directa relación con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 182 del

Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se desestima el cargo. **5.1.9.** Los recurrentes expresan que, “*Existe una interpretación errónea del Art. 75 de la Constitución Política del Estado, al determinar en la sentencia en el considerando Primero, que no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna y por ello el proceso es válido, consecuentemente nadie ha quedado en la indefensión*”. Este Tribunal, ha comentado in extenso, respecto de la nulidad procesal que vienen reclamando los casacionistas quienes no han sido objeto de indefensión ni privados de tutela efectiva en los términos del precepto constitucional que invocan. De igual modo improcede la supuesta errónea interpretación “*de las garantías básicas primera y séptima del Art. 76 de la Constitución al afirmar que el proceso es válido sin haber citado a todos los demandados, es decir, no ha existido debido proceso, se ha privado del derecho a la defensa a quien pudiera tenerlo*”. El debido proceso es un derecho que se debe cumplir y observar para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; en la especie, se ha asegurado este derecho y observándose las garantías básicas que miran al cumplimiento de normas y el derecho de las partes. **5.1.10.** Por la causal quinta, los recurrentes en el apartado a.a) acusan que, “*La sentencia materia del recurso de casación en su parte dispositiva, adopta decisiones contradictorias o incompatibles, en tanto y en cuanto, las actoras en su demanda y como bien se transcribe en el considerando Segundo, solicitan la reforma del testamento y que el Juez, ‘ordene la conformación del acervo imaginario compuesto por todos los bienes de la herencia, conforme todas las reglas del Código Civil, así como su adecuado reparto a las herederas y a los legatarios’. Sin embargo... el Juez de primera instancia, ordena se practiquen los inventarios de los bienes dejados por el causante y que en el respectivo juicio de partición se adjudique a las actoras las legítimas rigurosas (sic), la cuarta de mejoras y a los demandados la cuarta de libre disposición. Esta sentencia conforme se expresa al inicio es ratificada en segunda instancia, observándose que en la sentencia simple y llanamente se dispone aspectos que ni siquiera se solicitaron, cambiando totalmente el sentido de la pretensión, adoptando decisiones contradictorias o confusas, y diríamos hasta incongruentes, constituyen un verdadero ‘lavado de manos’, pues si al Juzgador se le solicitó que sea él quien asigne lo que por ley les corresponde a las actoras, de ser procedente y pertinente, así lo debía hacer y no ordenar o disponer desatinos*”. La eficacia de la sentencia depende del cumplimiento de sus requisitos tanto internos como externos. Los primeros “*...atañen a la estructura de la sentencia y 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 esas reflexiones; d) parte resolutive; e) fecha y firma*”. (Fernando De la Rúa, Teoría General del Proceso, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 144). La doctrina señala que una adecuada motivación de la sentencia debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica. Este Tribunal se referirá al último requisito, en cuanto la sentencia debe ser congruente, no

contradictoria e inequívoca. 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 juzgador debe observar los principios o reglas fundamentales del pensamiento, es decir de la coherencia y la derivación, así como 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 derivado 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 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 Art. 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. Conforme el cargo formulado por los recurrentes y antes transcrito se debió invocar la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación y no, equivocadamente como lo han hecho, al sustentar el cargo en la causal quinta. La causal cuarta, expresamente señala que el recurso de casación puede fundarse cuando se está en el evento de “*Resolución en la sentencia o auto, de lo que fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis*”. Por el principio de congruencia procesal 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) ultrapetiturum, otorgando al acto más de lo que pidió; b) citrapetiturum, dejando sin resolver cuestiones que habían sido introducidas en la contienda; c) extrapetiturum, si se alteran o modifican, en aspectos esenciales, las pretensiones formuladas por las partes*” (Luis Álvarez Juliá, Germán R. J. Neuss, Horacio Wagner, Manual de Derecho Procesal, segunda

edición, Editorial 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, reconvenición 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. 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 carácter extraordinario del recurso de casación se manifiesta, entre otras limitaciones, en lo atinente a los motivos que lo autorizan, los que, en virtud de su carácter taxativo, no pueden ampliarse ni extenderse por interpretación analógica. Las causales de casación que señala el Art. 3 de la Ley de la materia no pueden ser utilizadas al arbitrio del recurrente, pues que *“...las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes; tienen individualidad propia, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo... Vistas, pues la autonomía e individualidad de las causales de casación, injurídico resulta, por lo impertinente, que el censor formule cargos apoyados en una causal determinada, cuando los fundamentos en que ellos se basan no corresponden a la esencia de ésta. No está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado”*. (Humberto Murcia Ballén, p. cit. pp. 280 y 281). La técnica del recurso extraordinario de casación atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al interponer y formalizar el recurso vuelve improcedente el cargo que ignore tal técnica. Se rechaza, en consecuencia, éste último cargo.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Al no encontrarse afectada la sentencia por las infracciones de las que se le acusa, por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 20 de junio de 2012, las 14h00. Sin costas ni multas. Entréguese la caución a la parte procesal perjudicada por la demora. Actúe la doctora Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal nro. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Drs. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional. Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, a 15 de mayo de 2013. Las 10h20.

VISTOS: (JUICIO nro. 410-2012 JBP): Los señores Mario Rodrigo y Wilson Arturo Picerno Romero piden ampliación de la sentencia proferida por este Tribunal de Casación, determinar -dicen- *“si la sentencia de primera instancia confirmada luego por la Corte Provincial de Justicia, en su parte dispositiva ha adoptado o no una decisión contradictoria o incompatible, al ordenar el inicio de un juicio de inventarios y luego otro de partición cuando estos tiene que ver a ‘herederos’ mas no a ‘legatarios’ ”*. Al respecto, cabe precisar que la sentencia constituye un todo, por ello que, particularmente sus considerandos no pueden ni deben ser separados de la parte dispositiva, mismo que *“...servirán, al menos, para ilustrar a esta entenderla y poderla ubicar en el correcto límite (objetivo y subjetivo) que informa su verdadero contenido y permite, por consiguiente, la impugnación si corresponde”* (Enrique Vescovi, Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 39). Los recursos horizontales: reposición, aclaración, ampliación, son aquellos por medio de los cuales *“...se impugna el sentido y contenido de una decisión ante el mismo juez que la dictó”* (Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Vol. V, Editorial Arquidiocesana Justicia y Paz, Guayaquil, 1988, p. 58). En este contexto, la ampliación Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, procura que se complemente la sentencia respecto de los puntos controvertidos que no se hubiesen resuelto, evento que no concurre en la especie. Se puntualiza que el Art. 281 ibídem, incorpora el principio de la inmutabilidad de la sentencia, en el claro entendido que, una vez que ha sido notificada a las partes, no se revocará, añadirá, ni enmendará en parte alguna por el juez o tribunal que la dictó. *“La ley ha instituido aquí una preclusión respecto del magistrado. Dictada la sentencia, se extingue para el juez, el poder jurídico de su enmienda... Una vez dictado su fallo, ya no tiene poderes de revisión sobre el mismo. Su desinvestidura es total a este respecto”* (Eduardo J. Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo III, tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 330). No cabe, en consecuencia que, pretextando ampliación se pretenda desconocer la inmutabilidad de lo resuelto. Se deniega, por improcedente, el recurso horizontal propuesto. Actúe la Dra. Wilma Guaipatín Garzón, como Secretaria Relatora encargada en virtud del oficio nro. 191-2013-SEFNA-CNJ de 13 de mayo de 2013. **Notifíquese.**

f) **Drs. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional. Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional.**

V

Juicio nro. 691-2012
Resolución nro. 195-2013

Juicio ordinario por nulidad de partición hereditaria propuesto por Luis Arturo Iza y Rosa María Ramírez contra Hipatia Eugenia Altuna Villamarín.

SÍNTESIS:

La demandada interpone recurso de casación de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha en el juicio ordinario de nulidad de partición seguida en su contra. El fallo recurrido, confirma el fallo de primer nivel, acepta la demanda y declara la nulidad absoluta del acto o contrato de partición. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en conocimiento de la causa, no casa el fallo recurrido, toda vez que no existe violación en el fallo recurrido. Del análisis del recurso interpuesto, no se advierte que tengan fundamento las alegaciones planteadas.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, 09 de mayo de 2011. Las 09h50.

VISTOS: LUIS ARTURO IZA y ROSA MARÍA RAMÍREZ, comparecen de fs. 32 a 37 de los autos, y después de exponer sus generales de ley, dicen: Que mediante escritura de compraventa de derechos y acciones otorgada por María Trinidad Alomoto Caiza a favor de los comparecientes, el 11 de diciembre de 1992, ante el Dr. Homero Noboa González a cargo de la Notaría Décimo Cuarta del cantón Quito, han adquirido el 45% de derechos y acciones fincados en el inmueble situado en el barrio la Armenia, parroquia Conocoto, cantón Quito, provincia de Pichincha, según se desprende de la escritura pública y certificado otorgado por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito, el 12 de octubre del 2004. Que María Trinidad Alomoto Caiza, adquirido el inmueble por herencia de José Alejandro Alomoto y María Natividad Caiza, según sentencia de posesión efectiva dictada por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha el 4 de noviembre de 1990 e inscrita el 24 de noviembre del mismo año, habiendo José Alejandro Alomoto adquirido por adjudicación mediante sentencia de los huasipungueros de la hacienda Armenia, aprobada el 10 de enero de 1962 y la transacción celebrada por los huasipungueros ante el Comisario Segundo del Trabajo en la misma fecha y protocolizados ante el Notario doctor Olmedo del Pozo el 7 de febrero de 1962 e inscrita el 20 de febrero del mismo año. Que por consiguiente se le ha adjudicado el terreno a José Alomoto, con el nro.

20 con una superficie de 5.600 m² por s/ 11.200,00, sucres, dentro de los siguientes linderos: norte. camino público; sur. lote nro. 19 que se adjudica a Toribio Lema; este. camino público; y, oeste. camino de acceso al lote. Que de las partidas de defunción adjuntas aparece que José Alejandro Alomoto Paucar, ha fallecido el 10 de noviembre de 1967, y la señora Natividad Caiza Concanguilla ha fallecido el 20 de octubre de 1990, dejando como sus únicas y universales herederas a MARÍA ROSA, MARÍA TRÁNSITO y MARÍA TRINIDAD ALOMOTO CAIZA, las dos primeras han conseguido la posesión efectiva por su cuenta; y María Trinidad Alomoto Caiza obtenido la posesión efectiva proindiviso de los bienes hereditarios de los causantes José Alejandro Alomoto y Natividad Caiza Cocanguilla, mediante sentencia dictada el 4 de noviembre de 1992, por el señor Juez Octavo de lo Civil de Pichincha e inscrita el 24 de noviembre de 1992, conforme aparece del documento que dicen adjunta. Que a pesar de la fecha de celebración del instrumento público, escritura de compraventa de derechos y acciones del 45% otorgada por María Trinidad Alomoto Caiza a favor de los comparecientes, el 11 de diciembre de 1992, ante el Dr. Homero Noboa González, a cargo de la Notaría Décimo Cuarta del cantón Quito, se encuentran en posesión del inmueble de 450 m², desde el 10 de septiembre de 1986, dentro de los siguientes linderos: norte: 10 m. con la vía Guangopolo; sur 10 m. con propiedad de Toribio Lema; este. en 45 m, con Hipatia Altuna; y oeste con 45 m con propiedad de Tránsito Alomoto. Que mediante escritura pública de partición y adjudicación otorgada por Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña de Oña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín el 28 de junio de 1991, ante el doctor Nelson Galarza Paz, a cargo de la Notaría Décima Séptima del cantón Quito, los primeros han justificado la compra del 50% de derechos y acciones que por gananciales le correspondía a María Natividad Caiza viuda de Alomoto, según escritura pública celebrada en esta ciudad y cantón Quito, el 7 de diciembre de 1981, ante el doctor Miguel Ángel Altamirano, Notario del cantón Quito e inscrita en el Registro de la Propiedad el 18 de enero de 1982; y, la segunda compra, hecha por Hipatia Altuna ha justificado la compra de las dos terceras partes del 50% de derechos y acciones adquiridos por compraventa a María Tránsito Alomoto Caiza y María Rosa Alomoto Caiza, mediante escritura pública celebrada en esta ciudad de Quito el 11 de agosto de 1982 y el 15 de noviembre de 1990 ante los doctores Miguel Ángel Altamirano y Ulpiano Gaybor Mora, legalmente inscritos en el Registro de la Propiedad el 15 de octubre de 1982 y 21 de noviembre de 1990; y, que por consiguiente la partición le han realizado de la siguiente forma: a los cónyuges Segundo Oña y Mariana Cachigña, por sus derechos y acciones se les adjudicó el terreno signado con el nro. 1 que tiene una superficie de 2.101,20 m², comprendido dentro de los siguientes linderos: norte. Vía antigua a Guangopolo en una longitud 50,50 m; sur con propiedad de Toribio Lema, en una longitud de 53,50 m; este lote nro. 2 de Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, en una longitud de

42,90 m; y, oeste con propiedad de Pedro Lugmaña Juna, en una longitud de 39 m. A la señora Hipatia Altuna se le ha adjudicado el lote nro. 2, con una superficie de 508,80 m², comprendido dentro de los siguientes linderos: norte: con la antigua vía a Guangopolo en una longitud de 34,20; sur con propiedad de Toribio Lema en una longitud de 32,80 m; este propiedad de Juan Imbaquingo, en una longitud de 46m, 20m; y, oeste lote nro. 1, de propiedad de Segundo Manuel Oña, en una longitud de 42,90. Que teniendo como antecedente la partición el 24 de enero de 1992, Hipatia Altuna ha iniciado en el Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha juicio de despojo violento nro. 91-92V, mismo que ha concluido acogiendo la demanda y disponiendo se vuelvan las cosas al estado anterior, que sin embargo de tal decisión, han continuado con la posesión en tanto detentaban la posesión, teniendo la escritura pública de compraventa de derechos y acciones otorgada por María Trinidad Alomoto Caiza a favor de los comparecientes, el 11 de diciembre de 1992, ante el doctor Homero Noboa González, a cargo de la Notaría Décimo Cuarta del cantón Quito. Que Hipatia Eugenia Altuna Villamarín el 27 de agosto del 2002, ha iniciado juicio reivindicatorio nro. 579-2002-MF, en el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha. Que en el inmueble que se ha practicado parcialmente la partición y adjudicación, esto es, sin contar con María Trinidad Alomoto Caiza, no sólo que aparece dicho problema, sino que en la realidad existen posesionados otros copropietarios: Pedro Lugmaña Juna, Juan Imbaquingo Chicaiza, Luis Arturo Iza, Segundo Manuel Oña Logacho e Hipatia Eugenia Altuna, naturalmente que cada uno de ellos sustenta su título por haber comprado derechos y acciones, razón más que suficiente para que se proceda a la partición total y debida adjudicación. Que la escritura de partición y adjudicación citada, es incompleta, debido que no se ha contado con todas las partes y se ha realizado en forma parcial lo que ha imposibilitado por completo la adjudicación, pues a la fecha se encuentran perjudicados con las acciones propuestas por Hipatia Altuna para que los accionantes entreguen el terreno de cual son poseionarios desde 1986. Que por consiguiente, la partición y adjudicación celebrada entre Segundo Oña y Mariana Canchigña e Hipatia Altuna, el 28 de junio de 1991, ante el doctor Nelson Galarza Paz, a cargo de la Notaría Décimo Séptima del cantón Quito, adolece de nulidad absoluta. Que pese a la venta de derechos y acciones realizadas a favor de las personas que se indica, continúan en posesión de una parte del terreno, materia de partición, las herederas María Rosa, María Tránsito y María Trinidad Alomoto Caiza, por lo que debe también contarse con estas personas para que justifiquen su derecho de permanencia en el inmueble. Con los antecedentes expuestos, de conformidad con lo establecido en los artículos 1726, 1391 del Código Civil y, Arts. 60 y 404 del Código de Procedimiento Civil, en juicio ordinario, demanda a HIPATIA EUGENIA ALTUNA VILLAMARÍN, SEGUNDO MANUEL OÑA LOGACHO, MARIANA CACHIGÑA DE OÑA, PEDRO LUGMAÑA JUNA,

MARÍA ROSA ALOMOTO CAIZA, MARÍA TRÁNSITO ALOMOTO CAIZA, MARÍA TRINIDAD ALOMOTO CAIZA Y JUAN IMBAQUINGO CHICAIZA, a fin de que en sentencia se declare la NULIDAD DE LA PARTICIÓN celebrada entre Segundo Oña, Mariano Cachigña e Hipatia Altuna, el 28 de junio de 1991, ante el doctor Nelson Galarza Paz, a cargo de la Notaría Décimo Séptima del cantón Quito, y vuelvan las cosas al estado anterior de la escritura, misma que comprende los actos y trámites realizados en el Municipio, Notaría Décimo Séptima del cantón Quito y Registro de la Propiedad, condenando a los demandados, a la indemnización de daños y perjuicios, y, al pago de las costas procesales en las que se incluirán los honorarios de la defensa. Admitida que ha sido la causa a trámite, se ha dispuesto citar a los demandados, se ha convocado a junta de conciliación, se ha recibido la causa a prueba y una vez agotado el trámite de ley, encontrándose al estado de resolver. Se considera. **PRIMERO:** Por no advertirse omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, se declara su validez procesal. **SEGUNDO:** De las actas de citación de fojas 56, 64 vuelta, 65, se desprende que se ha procedido a citar a Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, Segundo Manuel Oña Logacho, Mariana Canchigña de Oña, María Tránsito Alomoto Caiza, María Trinidad Alomoto Caiza, María Rosa Alomoto Caiza, en legal y debida forma, en el lugar indicado para el efecto, mismos que han comparecido a juicio, fijando domicilio judicial, proponiendo excepciones y reconviniendo a los accionantes. En razón de que Pedro Lugmaña Juna y Juan Imbaquingo Chicaiza, han comparecido a juicio de fojas 81 y 69 de los autos fijando domicilio judicial, comparecencia esta con la que ha quedado suplido el acto de citación, por así disponer el art. 84 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto, dice: *“forma de considerarse citada o notificada una de las partes. Se una (sic) parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido”*. De las actas de citación de fojas 87, se ha procedido a citar al doctor Remigio Poveda Vargas, Notario Décimo Séptimo del cantón Quito, en su persona, en el lugar indicado para ello. **TERCERO:** A la junta de conciliación celebrada el 18 de agosto del 2005, a las 09h09, fojas 90, han comparecido el doctor Tito Bolívar Yépez Jiménez, ofreciendo poder o ratificación de los actores, personería que se encuentra legitimada a fojas 92, los demandados Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, Marianita Canchigña Morocho y Segundo Manuel Oña Logacho por sus propios derechos, acompañados de sus defensores doctores Telmo Nuñez y José González, y por otra parte el doctor Fausto Mantilla ofreciendo poder o ratificación de Juan Imbaquingo, personería que se encuentran legitimadas de fojas 91, diligencia en la cual los accionantes han manifestado afirmarse y ratificarse en los fundamentos de hecho y derecho de su acción principal, y los accionados en los fundamentos de su contestación a la demanda. **CUARTO:** El artículo 113 del

Código de Procedimiento Civil, establece la obligatoriedad que tiene el actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo, en torno a ello, y con oportunidad de la prueba, conforme dispone el art. 117 *ibídem*, analizamos la misma; **Luis Arturo Iza**, mediante escrito de fojas 95, 159, 160, 161, 162, 163, 189, 193, 194, 198 ha solicitado la reproducción de lo que de autos le fuere favorable; impugna la prueba presentada o que llegare a presentar la contraparte por ser impertinente, mal actuada y de ningún valor probatorio; se señale día y hora a fin de que los demandados, exhiban los títulos de propiedad que amparan sus derechos y acciones fincados en el inmueble materia de juicio; se señale día y hora a fin de que se lleve a cabo la inspección judicial al bien materia de litigio; a fin de que se establezca la cabida del inmueble, linderos, posesión que detentan los accionados; remita atento oficio al señor Notario Décimo Séptimo del cantón Quito, a fin de que confiera copias certificadas de la escritura otorgada el 28 de junio de 1991, celebrada entre los cónyuges Segundo Oña y Mariana Canchigña e Hipatia Altuna, ante el doctor Nelson Galarza Paz; impugna la prueba presentada o que llegare a presentar la contraparte; señale día y hora a fin de que comparezca María Rosa Alomoto Caiza y se establezca si está incurso en el artículo 518 del Código Civil; se señale día y hora a fin de que se realice inspección judicial a la Notaria Décimo Séptima del cantón Quito, con el fin de que se exhiba la matriz de la escritura de partición y adjudicación otorgada el 28 de junio de 1991; se repregunten a los testigos presentados por la contraparte al tenor del interrogatorio adjunto, aportado prueba testimonial de MARCO ANTONIO CAIZA AMBATO, RAÚL FERNANDO AYO ARIAS, MARÍA JUDITH PILLAJO PILATAXI, al tenor del interrogatorio adjunto. **Segundo Oña y Mariana Canchigña**, mediante escrito de fojas 156, han solicitado: la reproducción lo que de autos fuere favorable; se tenga como prueba la escritura otorgada por el doctor Miguel Ángel Altamirano el 7 de diciembre de 1981, en la cual justifican que el inmueble de su propiedad lo tienen poseyendo como legítimos propietarios por más de 24 años; se tenga en cuenta la escritura de partición y adjudicación de 21 de junio de 1971, adjuntan carta de pago de impuesto predial y de mejoras que solo los propietarios tienen derechos a cumplir esas obligaciones; adjuntan el juicio de inspección judicial nro. 391 realizado en el Juzgado Vigésimo de lo Civil de Pichincha, en el cual se ha verificado el estado y condición de su propiedad; aportado prueba testimonial de Jorge Fabián Piarpuezan Suárez y Segundo Cornelio Piarpuezan Suárez, al tenor del interrogatorio adjunto; tacha los testigos presentados o que llegare a presentar los actores por desconocer la verdad y ser personas parcializadas. **Hipatia Altuna**, mediante escrito de fojas 168 y 192, ha solicitado la reproducción de lo que de autos fuere favorable; impugna y redarguye de falsa la prueba actuada y la que llegare a presentar la contraparte; tacha los testigos presentados por los actores de la presente mismos que se encuentran incurso en lo que dispone los arts. 213 y 216 del Código Pro-

cesal Civil, se repregunten a los testigos presentados por los actores al tenor del interrogatorio adjunto; oficie a los señores Ministros de la Corte Superior de Justicia de Quito, Primera Sala de lo Civil, Mercantil a fin de que por medio de Secretaría confiera copias certificadas del juicio ordinario de reivindicación nro. 498-04-DB; se oficie al señor Registrador de la Propiedad del Cantón a fin de que confiera una certificación respecto del bien inmueble que la compareciente adquirió; se oficie al Jefe del Departamento de Planificación del Ilustre Municipio de Quito, a fin de que certifique el oficio nro. 1378-91, de 17 de abril de 1991, en el que se autoriza a la señora Hipatia Altuna y Segundo Oña la partición y adjudicación de los sendos lotes de terreno, como cuerpos ciertos; se oficie a la Notaría Décima Séptima del Cantón a fin de que confiera copia certificada de la partición y adjudicación celebrada el 28 de junio de 1991 entre la compareciente y Segundo Oña y señora; se oficie al señor Registrador de la Propiedad del cantón a fin de que confiera una certificación de los gravámenes del bien inmueble materia de litigio; se oficie al Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha a fin de que confiera copias certificadas del expediente nro. 91-92-1. **Pedro Lugmaña**, mediante escrito de fojas 176, ha solicitado la reproducción de lo que de autos le fuere favorable; impugna la prueba presentada o que llegare a presentar la contraparte por ser ajena a la litis; se agregue al proceso la quinta copia certificada de la escritura celebrada el 24 de abril de 1980, ante el Notario doctor César Zurita Mosquera, inscrita el 25 de junio de 1980, en la que consta que el compareciente y difunta esposa, (**sic**) han adquirido por compra a la señora María Natividad Caiza y María Tránsito Alomoto Caiza, un lote de terreno 567,50 m², ubicado en la antigua hacienda La Armenia, perteneciente a la parroquia Conocoto, cantón Quito; se agregue copia auténtica de la carta predial del lote de terreno adquirido; se remita atento oficio al señor Registrador de la Propiedad del cantón a fin de que se conceda certificado de gravámenes del lote de terreno de propiedad de Pedro Lugmaña Juna y María Olimpia Parra; se oficie al Director de Avalúos y Catastros pidiendo remita la ficha catastral del predio nro. 276847, clave catastral 21309-11-001, a nombre Lugmaña Juna Pedro. **Juan Imbaquingo**, mediante escrito de fojas 187 ha solicitado la reproducción de lo que de autos le fuere favorable; impugna y redarguye de falsas las pruebas que presente o llegare a presentar la contraparte; impugna los testigos presentados por la parte contraria; adjunta copia de la escritura pública otorgada ante el Notario Cuarto del Cantón Quito, doctor Salvador González Merchán el 17 de febrero de 1973, e inscrita en el Registro de la Propiedad el 21 de octubre de 1977, con la demuestra (**sic**) 28 años de ser emitidas las mismas, su propiedad sobre el predio como cuerpo cierto y determinado y no ser copropietario de derechos y acciones; adjunta el certificado de gravámenes emitido por el señor Registrador de la Propiedad del Cantón; adjunta carta de pago del impuesto predial, aportado prueba testimonial de Rafael Lema Criollo y Elguer Leslie Paredes Samaniego al tenor del pliego de preguntas

adjuntas. **QUINTO:** De las pruebas pedidas, ordenadas y practicadas, entramos a analizar las mismas: Luis Iza y Rosa Ramírez, han iniciado la presente acción, solicitando se declare la nulidad del acto o contrato contenido en la escritura pública celebrada entre Segundo Manuel Oña, Mariana Cachigña de Oña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, celebrada el 28 de junio de 1992 ante el doctor Nelson Galarza Paz, a cargo de la Notaría Décimo Séptima del Cantón Quito, a fin de que las cosas vuelvan a su estado anterior antes de la celebración de la escritura. En relación a ello es menester referirnos al art. 1697 del Código Civil, capítulo nulidad y rescisión que trata del concepto del acto nulo, y señala que es nulo todo acto o contrato a que falta (**sic**) de alguno de los requisitos que por la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes, nulidad que puede ser absoluta o relativa; mientras que al art. 1698 *ibídem* refiriéndose a las causales de nulidad, no indica que esta se produce por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente capaces, cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato, y, por último el art. 1699 del citado Código, al referirse a quienes pueden solicitar la nulidad, nos indica que tratándose de nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato puede alegarse por todo el que tenga interés en ello excepto por el que alegado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley, y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de 15 años. De los recaudos procesales, vemos que su comparecencia de los actores se encuentra justificado su interés con la escritura de compraventa de derechos y acciones que obra de fojas 1 a 7, debidamente autenticadas, de la cual aparecen como compradores del 45% de derechos y acciones que lo ha hecho María Trinidad Alomoto Caiza, quien poseía en calidad de heredera de sus progenitores llamados José Alejandro Alomoto y María Natividad Caiza, misma que ha sido efectuada mediante compraventa elevada a escritura pública ante el Notario doctor Homero Novoa González Notario Décimo Cuarto del Cantón Quito el 11 de diciembre de 1992 e inscrita en el Registro de la Propiedad el 2 de febrero de 1993, según acredita con dicho certificado de fojas 21, además justifica ser heredera con la posesión efectiva dictada por el señor Juez Octavo de lo Civil de Pichincha el 4 de noviembre de 1982 y que obra en copia certificada de fojas 18, también ha justificado el fallecimiento de sus progenitores con las partidas de defunción de fojas 19 y 20, pruebas estas, que sin lugar a duda les habilita para ser considerados parte interesada, tanto más que de autos no

existe resolución alguna de autoridad competente, que haya declarado nula o ineficaz de dicha compra (**sic**) de derechos y acciones. **SEXTO:** Con la documentación debidamente autenticada que hace fe en juicio de fojas 24 a 29, se ha acreditado que con fecha 30 de enero de 1962, se le adjudicó el lote de terreno nro. 20 a Alejandro Alomoto, con una superficie de 5.600 m², adjudicación que se lo ha hecho por parte del señor Presidente Constitucional de la República suscrito a través del señor Ministro de Previsión Social y Trabajo doctor Juan Isaac Lovato. Entonces, se ha de entender que cualquier venta o desmembración de este predio, se debe tomar como referencia su cabida de 5.600 m². **SÉPTIMO:** Con las escrituras públicas de fojas 8 a 17 y de fojas 71 a 78, aparece que el 28 de junio de 1991 ante el doctor Nelson Galarza Paz Notario Décimo Séptimo del cantón Quito, han acudido, Segundo Oña y Mariana Cachigña, y, por sus propios derechos y por otra parte la señora Hipatia Altuna en estado civil de divorciada, en la cláusula segunda de antecedentes, dicen: que mediante escritura pública celebrada en la ciudad de Quito el 7 de diciembre de 1981, ante el Notario doctor Miguel Ángel Altamirano, legalmente inscrita en el registro de la Propiedad el 26 de enero de 1982, los cónyuges Segundo Manuel Oña y Mariana Cachigña de Oña han adquirido por compraventa María Natividad Caiza viuda de Alomoto, el 50% de los derechos y acciones que le corresponda como gananciales en la sucesión de su fallecido cónyuge Alejandro Alomoto, fincados en un lote de terreno, que luego de dos ventas efectuadas como cuerpo cierto, consta de la superficie de 3.610 m², ubicado en el barrio la Armenia, parroquia Conocoto, cantón Quito, provincia de Pichincha, se hace constar los linderos generales actuales. Como se ha indicado anteriormente, al haber comprado el 50% de derechos y acciones, se entiende que pasaron a hacer dueños de 2.800 m², quedando como saldo el otro 50%, esto es 2.800 m², y lo que es más María Natividad Caiza viuda de Alomoto, a partir de esta venta, se quedó sin ningún remanente en su favor, es de notar también, como dicen de sus propias alegaciones, los compradores Oña y Cachigña hicieron de derechos y acciones, más no de cuerpo cierto desmembrando de uno de mayor extensión, razón por la cual, imperiosamente tenía que procederse al juicio de partición con los demás copropietarios, para determinar su ubicación o lugar que le correspondía el 50%, puesto que el art. 639 del Código de Procedimiento Civil dispone en tratándose de juicio de partición tiene que proponerse entre condóminos de una cosa común, y en el caso que nos ocupa, al encontrarnos frente a la compra de derechos y acciones, sin lugar a dudas estamos frente a un predio en común, que es el que ha sido adquirido por José Alejandro Alomoto Paucar, por consiguiente, tenía obligatoriamente que demandarse el juicio de partición, más aún si María Trinidad Alomoto Caiza había vendido a los actores únicamente el 45% de sus derechos y acciones, lo que se ha de entender que ésta, le quedaba como remanente el 55% de derechos y acciones y al no haberse contado con ella en la partición impugnada se estaría atentando contra su

legítimo derecho de propiedad y como en el presente, la escritura celebrada entre los demandados el 28 de junio de 1991 ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito, no puede tener efectos jurídicos, ya que ningún juez de derecho, como es el Juez de lo Civil aparece que haya aprobado dicha partición. Con las escrituras públicas celebradas en la ciudad de Quito el 11 de agosto de 1982 y 15 de noviembre de 1990, ante los notarios doctores Miguel Ángel Altamirano y Ulpiano Gaybor Mora, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad el 15 de octubre de 1982 y 21 de noviembre de 1990, en su orden, se ha demostrado que Hipatia Altuna adquirido por compraventa a María Tránsito y María Rosa Alomoto Caiza, las dos terceras partes del 50% de derechos y acciones fincados en el lote de terreno ubicado en el barrio La Armenia, parroquia Conocoto, cantón Quito, provincia de Pichincha, dentro de los linderos y superficies que se indica. Que el Municipio quiteño mediante oficio nro. 1398-91 de fecha 17 de abril de 1991, que se agregó como documento habilitante al acto escriturado, autorizado a Hipatia Altuna y Segundo Oña y señora, se proceda celebrar la partición y adjudicación de sendos lotes de terreno como cuerpo cierto, es así que a Segundo Oña y Mariana Canchigña se le adjudica el lote nro. 1, con una superficie total de 2.101,20 m², se hace constar los respectivos linderos, y a Hipatia Altuna, se le adjudicado el lote nro. 2 con una superficie total de 1.508,80 m², haciendo constar los respectivos linderos. Del texto de la escritura pública mediante el cual adquiere el lote de terreno José Alejandro Alomoto Paucar, se aprecia que su cabida total es de 5.600 m², y al haber vendido su cónyuge sobreviviente la mitad, se entiende, que el sobrante 2.800 m² tenía que dividirse entre sus tres hijas herederas Rosa, Tránsito y Trinidad Alomoto Caiza que ha cada una según el cálculo le correspondía 933,33 m², y según la documentación presentada por Hipatia Altuna, aparece que ha comprado a María Rosa y María Tránsito Alomoto Caiza, las dos terceras partes de derechos y acciones, entendiéndose por esta venta que Altuna pasaba a ser propietaria del 66,66%, es decir de 1.666,66 m², con esta quedaban sin ningún derecho ni remanente en calidad de herederas María Rosa y María Tránsito, y al parecer que se le adjudica a la señora Altuna según escritura de partición referida, el lote número 2 con una superficie total de 1.508 m² no guarda coherencia con los porcentajes de compra, igual sucede al adjudicarse a Segundo Oña y Mariana Canchigña, 2.101,20 m². Con la escritura pública debidamente autentica de fojas 170 a 175 aparece que María Natividad Caiza, viuda de Alomoto y su hija María Tránsito Alomoto Caiza, mediante escritura de compraventa celebrada el 24 de abril de 1980, ante el doctor César Alberto Zurita Mosquera de la ciudad de Sangolquí, han dado en venta en favor de Pedro Lugmaña Juna y María Olimpa Parra de Juna, **(sic)** desmembrando del lote de mayor extensión, un lote de terreno de 577,50 m², hacen constar sus respectivos linderos. Es de resaltar que esta venta se procede a efectuar sin indicar a que porcentaje afecta dicha venta, si es a los gananciales que le correspondía a María Natividad Caiza viuda de Alomoto

sobre el lote nro. 20, o es tomado de los derechos y acciones que tenía María Tránsito Alomoto Caiza, en calidad de heredera de quien fue su padre Alejandro Alomoto; pero es de entender que estas dos vendedoras según el análisis efectuado, ya no tenían remanente para vender, por consiguiente su derecho aparece acrecentado, y lo vendido fuera de su porcentaje, entonces, estas resultaría **(sic)** ineficaz, por cuanto estarían vendiendo lo que no les corresponde. **OCTAVO:** De las pruebas solicitadas, por los accionantes, una de ellas ha sido que se practique la diligencia de evaluación psicológica en la persona de María Rosa Alomoto Caiza, misma que ha sido practica **(sic)** según acta de fojas 265, en donde el Juzgado ha dejado constancia de sus observaciones de la examinada Rosa Alomoto, de estado civil soltera, sin ninguna instrucción, no está en capacidad de entender y comprender, no puede mantener un diálogo, camina apoyada en un bastón, y como para la evaluación técnica y científica, se ha designado en la persona del doctor Fabián René Mensías Pavón, Psicólogo Clínico, quien ha emitido su informe de fojas 266 y 267, mismo que ha sido puesto en conocimiento de las partes y sin dentro **(sic)** de término haya sido impugnado, en el que concluye que María Rosa tiene retardo mental, grave, de origen congénito y que la entrevista no alcanza al desarrollo psicológico global, y que por su retardo mental, no puede comprender ni entender la realidad, ni expresar su voluntad. Con dicha pericia, lo que nos ilustra que Rosa Alomoto es una persona incapaz, puesto que su retardo mental es de origen congénito, es decir desde su nacimiento, por consiguiente circunstancias estas que no le permiten ser sujeta **(sic)** de capacidad para celebrar actos y contratos, tanto más que el artículo 1734 del Código Civil al referirse a la capacidad del contrato de venta, señala que todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrar todo contrato, son incapaces y en este caso al haber demostrado que María Rosa, no era capaz a la fecha de celebración de la escritura de compraventa a favor de Hipatia Altuna, de sus derechos y acciones que tenía en calidad de heredera de su padre José Alomoto, ésta en la forma que se ha dado no puede surtir los efectos de las obligaciones previstas en el artículo 1561 *ibidem*, es más aprobar este hecho de incapacidad de María Rosa, consta en las confesiones judiciales rendidas por Segundo Oña a fojas 312, al responder a la pregunta 4 y 5 dice que es verdad que María Rosa Alomoto Caiza es sordomudo **(sic)** porque no habla, Mariana Canchigña a fojas 316 al responder a la pregunta 4 y 5 dice que si le conoce a María Rosa desde hace 30 años, es sordomuda, ella algo entiende cuando se hace señas, y, Juan Imbaquingo a fojas 318 se ratifica en las dos confesiones anteriores al señalar que es una tontita que no habla y que conoce que ha nacido así. Entonces, en estas condiciones los actos de María Rosa no pueden ser convalidados, y si es que la escritura de partición de la cual demanda su nulidad, tiene como su antecedente que Hipatia Altuna es compradora de los derechos y acciones de María Rosa, no puede surtir ningún efecto de ley dicha partición, por las razones indicadas, tanto más que según el artículo 9 del Código

Civil, dispone que todos los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, y el artículo 10 del mismo Código, los actos ilegales ningún juez puede declarar válido a un acto que la ley ordene que sea nulo, y en este caso, es nulo de ningún valor, por cuanto se ha demostrado que la partición tiene como antecedente de la venta de derechos y acciones de una persona incapaz de María Rosa Alomoto Caiza. **NOVENO:** El art. 1461 del Código Sustantivo Civil, refiriéndose a las obligaciones y contratos, en su título II, de los actos y declaraciones de voluntad, que exige la capacidad legal, entre uno de los requisitos exige la capacidad y el art. 1463 del citado Código complementa los actos de incapaces, aquellos sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, lo que ha ocurrido en este caso con la vendedora María Rosa, ya que siendo sorda muda según esta última disposición, es nulo dicho acto, que por sus circunstancias, nos encontramos frente a un caso de nulidad absoluta, que no puede sanarse por la ratificación de las partes, según así lo dispone el art. 1699 del Código Civil, ya que dicho contrato, obedece a una omisión de requisito de ley. **DÉCIMO:** Analizando las excepciones presentadas por Segundo Oña, María Canchigña, Juan Imbaquingo, Hipatia Altuna y Pedro Lugmaña de fojas 67, 68, 69, 79, 80 y 81 ha alegado falta de derecho de la parte actora, alegación esta que queda desnaturalizado y sin ningún valor por haber justificado con el certificado del Registro de la Propiedad de fojas 21 y 22, ser copropietarios del predio que inicialmente había adquirido José Alomoto, por consiguiente dicha excepción se desestima; en cuanto a la ilegitimidad de personería pasiva, según escritura objetada y que obra de fojas 9 a 17, aparecen que estos dos demandados han sido quienes han suscrito dicha escritura de partición y al ser demandados a ellos mismos como tales, no procede lo alegado; en cuanto a la incompetencia del Juzgado en razón de la materia, esta ha sido tramitada ante un Juez de lo Civil y mediante acción ordinaria, que permite el Código Civil y Procedimiento Civil, tramitar esta clase de procesos; alegado (**sic**) prescripción, sin especificar si lo ha pedido de la acción o de alguna actuación procesal, sin embargo es de notar que en tratándose de nulidad absoluta, esta prescribe a los 15 años, según así dispone el art. 1699 del Código Civil, y contabilizados entre el 28 de junio de 1998 al último acto de citación 10 de febrero del 2005 no han pasado más de los 15 años para que opere la prescripción, tanto más que el numeral 2 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, uno de los efectos de la citación es de interrumpir la prescripción; en cuanto a la ilegitimidad de personería por falta de poder, alegación inoficiosa ya que han comparecido los propios interesados, en forma directa, con este mismo criterio se desestima la falta de legitimación en la causa. **DÉCIMO PRIMERO:** Dentro de las confesiones judiciales consta la rendida por Hipatia Altuna de fojas 324, quien al contestar a su pregunta 3 enfáticamente afirma que María Rosa Alomoto Caiza afirma que no es sordomuda contestación esta que desdice a lo que señala el perito doctor Fabián Mensias de fojas 266 y 267, observaciones del Juzgado, confesiones judi-

ciales de Segundo Oña, Mariana Canchigña y Juan Imbaquingo que dice enfáticamente que se trata de una sorda muda desde su nacimiento, entonces con su declaración de Altuna, se puede entender que se aleja de la verdad. Por los antecedentes expuestos, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** desechando las excepciones por falta de prueba, se acepta la demanda y se declara la nulidad absoluta de acto y contrato de partición constante de la escritura pública que obra de fojas 9 a 1, celebrada el 28 de junio de 1991 ante el doctor Nelson Galarza Paz, Notario Décimo Sexto del cantón Quito, en la que aparece como suscriptores Segundo Manuel Oña, Mariana Canchigña de Oña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, así como el acto de inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Quito. Confiérase las copias certificadas suficientes de este fallo, a efecto que con estas se haga conocer tanto el señor Notario Público como el señor Registrador de la Propiedad, a fin de que tomen nota de esta al margen correspondiente. CANCELASE la inscripción de la demanda ordenada mediante auto de 30 de noviembre del 2004, las 14h31 de fojas 45 y practicada a fojas 47, para lo que se notificará al titular del Registro de la Propiedad. Por cuanto Hipatia Altuna ha rendido su confesión judicial en los términos analizados en el último de los considerandos, se dispone oficiar a la Fiscalía General del Estado, a fin de que proceda a iniciar lo que corresponda. Con costas a cargo de Hipatia Altuna, Segundo Oña y Mariana Canchigña. **Notifíquese.**

f) **Dr. Carlos Fernández Idrovo, Juez.**

SEGUNDA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Juan Carranza Barona.

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, miércoles 22 de agosto del 2012. Las 14h41.

VISTOS: Avocan conocimiento de la presente causa los doctores Lida Pazmiño Mena, llamada a integrar la Sala mediante acción de personal nro. 951-DP-DPP de 30 de abril del 20, Carlo Carranza Barona llamado a integrar la Sala mediante acción de personal nro. 3484-DP.DPP de 03 de agosto de 2012. Luis Arturo Iza y Rosa María Ramírez comparecen ante el señor juez de instancia y manifiestan: que mediante escritura otorgada el 11 de diciembre de 1992 en la Notaría Décima Cuarta del cantón Quito debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, adquirieron por compra a María Trinidad Alomoto Caiza el 45% de derechos y acciones fincados en el inmueble situado en el barrio La Armenia, parroquia Conocoto del cantón Quito, provincia de Pichincha, inmueble que fue adquirido por la vendedora por herencia de José Alejandro Alomoto Ciza y María Natividad Caiza según aparece de la sentencia de posesión efectiva, que el lote adjudicado al padre de la vendedora fue signado con el

número 20 con una superficie de 5.600 m² dentro de los linderos que determina; que a la muerte de los progenitores de la vendedora quedaron como únicos y universales herederos: María Rosa, María Tránsito y María Trinidad Alomoto Caiza; que a pesar de la fecha de la escritura de compra de los derechos y acciones del año 1992, se encuentra en posesión del inmueble de 450 m² desde el 10 de septiembre de 1986, inmueble que está comprendido dentro de los linderos que señalan; que mediante escritura pública de 7 de diciembre de 1981 ante el Notario Miguel Ángel Altamirano, debidamente inscrita, Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña de Oña han comprado el 50% de los derechos y acciones correspondientes a María Natividad Caiza V. de Alomoto, y luego han adquirido las dos terceras partes del 50% de los derechos y acciones de María Tránsito y María Rosa Alomoto Caiza, según escritura celebrada el 11 de agosto de 1982 y 15 de noviembre de 1990, legalmente inscritas; que con tales antecedentes, Hipatia Eugenia Altuna Villamarín por una parte y Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña de Oña por otra, el 28 de junio de 1991 en la Notaría Décima Séptima del cantón Quito otorgan escritura pública de partición y adjudicación correspondiéndole a la primera de las nombradas el lote nro. 2 con una superficie de 508 m² y a los cónyuges Oña Canchigña el lote nro. 1 con una superficie de 508 m². Lotes comprendido dentro de los linderos que precisan; que teniendo como antecedente la partición indicada, Hipatia Eugenia Altuna Villamarín inicia en el Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha un juicio por despojo violento el que concluye acogiendo la demanda, sin embargo de lo cual continúan en posesión del terreno que adquirieron a María Trinidad Alomoto Caiza; que Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, el 27 de agosto de 2002, inicia el juicio reivindicatorio nro. 579-2002- en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha; que la escritura de partición del inmueble antes indicado, se realiza sin contar con María Trinidad Alomoto Caiza, ni con los otros copropietarios que responden a los nombres de: Pedro Lugmaña Juna, Juan Imbaquingo Chicaiza, Luis Arturo Iza, Segundo Manuel Oña Logacho e Hipatia Eugenia Altuna, cada uno de ellos con títulos de propiedad por haber adquirido derechos y acciones; que la dicha escritura de partición a más de incompleta, es perjudicial para los recurrentes, pues a la fecha con las acciones propuestas por Hipatia Eugenia Altuna pretende que le entreguen el terreno que son posesionarios desde 1986; que pese a las ventas realizadas continúan en posesión de una parte del terreno materia de la partición las herederas María Rosa, María Tránsito y María Trinidad Alomoto Caiza, por lo que se debería contar con estas personas para que justifiquen sus derechos de permanencia en el inmueble; que en virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 1726, 1391 del Código Civil; y, artículos 63 y 404 del Código der Procedimiento Civil demandan en juicio ordinario a Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, Segundo Manuel Oña Logacho, Mariana Canchigña de Oña, Pedro Lugmaña Juna, María Rosa, María Tránsito y María Trinidad Alomoto Caiza y a Juan Imbaquingo Chicaiza,

a fin de que en sentencia se declare la nulidad de la partición celebrada entre Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín el 28 de junio de 1991 a fin de que vuelvan las cosas al estado anterior de la celebración de la indicada escritura, piden se condene a los demandados a la indemnización de daños y perjuicios y al pago de las costas procesales en las que incluyen la fijación de los honorarios de su defensor; también solicitan que se cuente con el Notario Décimo Séptimo del cantón Quito y con el Alcalde y Síndico del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Aceptada la demanda a trámite y citados los demandados comparecen a juicio únicamente Segundo Manuel Oña y María Canchigña de Oña, Juan Imbaquingo Chicaiza e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, y deducen las excepciones que obran de sus escritos de contestación (fojas 67-68; 69 y 79-80). Trabada así la litis y agotada la sustanciación del proceso, el señor Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, pronuncia sentencia, mediante la cual desecha las excepciones y acepta la demanda declarando la nulidad absoluta del acto y contrato de partición constante de la escritura pública que obra de fojas 1-9, celebrada el 28 de junio de 1991 ante el doctor Nelson Galarza Paz, Notario Décimo Sexto del cantón Quito, entre Segundo Manuel Oña, Mariana Canchigña de Oña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, así como el acto de inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Quito. Esta resolución es impugnada a través de sendos recursos de apelación por Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña de Oña, y por Hipatia Eugenia Altuna Villamarín. Radicada la competencia en la Sala, previo el sorteo de ley, para resolver, se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido por habersele dado el trámite pertinente y no existir omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por tanto carece de fundamento legal a excepción a este respecto alegada. **SEGUNDO:** Al haber los demandados que comparecen a juicio negado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, así como por lo que implica la rebeldía de quienes no han comparecido (art. 103 del Código de Procedimiento Civil), la carga de la prueba para demostrar los hechos propuestos afirmativamente en el juicio correspondía a los demandantes. **TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto por el art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial corresponde a los jueces civiles conocer en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad; y según lo previsto por el art. 163 del propio cuerpo legal, fijada la competencia de la jueza o del juez de primer nivel con arreglo a la ley, queda por el mismo hecho determinada la competencia de los jueces superiores en grado. En la especie, siendo la controversia materia de este juicio, un asunto que no está atribuido a otra autoridad, su conocimiento es propio del juez civil y por ende esta Sala, consecuente con lo dicho, la excepción de incompetencia alegada, deviene en improcedente; hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio por sí mismo quien no es procesalmente capaz de hacerlo, el apoderado que no presenta

el poder o el poder es insuficiente, el que manifiesta ser representante legal y no demuestra esa representación, con quien legal y obligatoriamente debe intervenir en el juicio; en la especie, tanto actores como demandados comparecen por sus propios derechos y obligaciones y al no haberse demostrado que sean incapaces de comparecer por sí mismos, sus personerías son legítimas. Debiendo precisarse que los legítimos contradictores en este proceso son los demandantes y los demandados que suscribieron la escritura de partición cuya nulidad se ha demandado, por tanto no se considera el hecho de que se haya citado la demanda a terceros, en virtud de lo expuesto, tampoco procede las imprecisas excepciones referentes a la materia. **CUARTO:** Como los demandados alegan falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en causa, sin determinar si es activo o pasivo, corresponde aclarar en qué consiste la falta de legitimación en causa o falta de legítimo contradictor. Hernando Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 23) señala: “La legitimación en la causa no es requisito de la sentencia favorable, entendiéndose por tal la que resuelve en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. Por consiguiente cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo.” Y agrega. “Para nosotros la debida formación del necesario contradictor es un problema de legitimación en la causa, cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo, para evitar este pecado, contra la economía procesal, es decir, pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia. Lo anterior significa que la falta de integración adecuada de la litis consorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino de sentencia inhibitoria.” La Corte Suprema en fallos de triple reiteración ha establecido que: “La legitimación en causa, o dicho otro modo, la presencia en el proceso de los legítimos contradictores, consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda. Solo frente a ellos la ley permite que el juez declare en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que obliga y produce cosa juzgada sustancial...” En el caso, los actores con las copias certificadas de las escrituras (fojas 2-7) demuestran que adquirieron por compra a María Trinidad Alomoto Caiza el 45% de los derechos y acciones que a la vendedora le corresponde en un terreno heredado de sus padres situado en la parroquia de Conocoto, por lo tanto su derecho y legitimación para demandar queda acreditado; en cuanto a los de-

mandados Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, igualmente de las copias de las escrituras públicas acompañadas al proceso se establecen que son igualmente compradores de derecho y acciones en diversos porcentajes en el mismo lote terreno adquirido por los demandantes; y como entre éstos demandados celebran la escritura de partición (fojas 9-17) adjudicándose cada uno de ellos un lote dentro de uno de mayor extensión donde también tienen derechos y acciones los actores, su intervención en el proceso es legítima, ya que ellos son los titulares para ejercer el derecho de oposición conforme lo han hecho. Por lo dicho la excepción alegada carece de todo fundamento legal y no puede ser admitida. En cuanto a la prescripción de la acción que también alegan los demandados, es preciso indicar que al haber propuesto la demanda de nulidad de la participación se trata de una nulidad absoluta, por lo que conforme a lo dispuesto por el artículo 1699 del Código Civil la acción prescribe en quince años, y tomando en cuenta la fecha de inscripción de la escritura de partición, 17 de octubre de 1991, en relación con la citación al último de los demandados, 20 de junio de 2005, no ha transcurrido el lapso previsto por la disposición invocada, por lo que la prescripción de la acción no se ha producido, derecho de propiedad que sobre el total de una misma cosa y sobre cada una de sus partes recae sobre toda la cosa y cada una de sus partes y no sobre una parte materialmente determinada de ella” (Curso de Derecho Civil Arturo Alessandri y Manuel Somarriva tomo II pág. 213). En la copropiedad cada propietario no tiene ninguna propiedad exclusiva pues los derechos de cada uno se encuentran limitados y o paralizados por los de los otros. Cualquier actor material o jurídico sobre la cosa necesita del consentimiento de todos los condueños. Es decir la cosa pertenece a la colectividad formada por los copropietarios, es decir, todos se consideran como un solo titular del dominio. Cada comuncio no tiene ningún derecho real ni abstracto, sobre parte alguna de la cosa, en tanto dura la indivisión. La suerte de los actos celebrados respecto de la cuota parte, quedan subordinados a los resultados de la partición: si la cosa indivisa se adjudica al comunero que hizo la enajenación, el tercero adquirente consolida su derecho; en caso contrario, éste caduca. Entre una de las causales para extinción de la copropiedad o comunidad, es la división del haber común. La división o partición se ha dicho en un sentido amplio que “es un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído proindiviso en parte o lotes que guarden proporción con los derechos operativos de cada uno de ellos”. Y en un sentido restringido, “es la operación por la cual el bien común se divide en tantos lotes cuanto comuneros haya, recibiendo cada uno de éstos la propiedad exclusiva de uno de esos lotes” (obra citada). La acción de partición es imprescriptible (art. 1338 del Código Civil) pues dice que “La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse”; además es irrenunciable y el derecho a provocar la partición es absoluto. (sic) **SEXTO:** En la

especie, se trata de un bien común, inmueble de 5.600 m² heredado a José Alejandro Alomoto, habiendo quedado con derecho a gananciales su cónyuge María Natividad Caiza y como herederas tres hijas denominadas María Rosa, María Tránsito y María Trinidad Alomoto Ciza. La cónyuge sobreviviente y las herederas han vendido porcentajes de sus derechos y acciones a varias personas, que en forma clara y determinada lo señala en su informe el perito ingeniero Manuel Silva (fojas 290-292), y no se ha acreditado en autos que se haya realizado una partición judicial, por lo que todos los compradores de derechos y acciones, y los herederos que se han reservado porcentajes de lo que les correspondía en el inmueble indicado, son copropietarios de la totalidad del bien, cada copropietario no tienen ningún derecho real ni abstracto, sobre parte alguna de la cosa, en tanto dure la indivisión. Por tanto cualquier acto material o jurídico sobre el inmueble necesita del consentimiento de todos los conductores. Como la escritura de partición de 28 de junio de 1991, únicamente se ha celebrado entre dos condóminos, sin contar con el resto de copropietarios, efectivamente se ha incurrido en un caso de nulidad absoluta del mencionado acto o contrato (Arts. 1698 y 1699 del Código Civil). En mérito de los considerandos que anteceden. **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desechándose los recursos interpuestos se confirma en lo principal la sentencia recurrida y se la reforma en cuanto se deja sin efecto el remitir oficio a la Fiscalía General del Estado. Sin las costas de esta instancia. Actúe la doctora Ivonne Guamaní en calidad de secretaria encargada mediante acción de personal nro. 3452-DP-DPP de 31 de julio del 2012. **Notifíquese.**

f) **Drs. Lida Pazmiño Mena. Presidente Subrogante. Dr. Carlo Carranza Barona, Juez Encargado. Dra. Nathalia Jaramillo del Pozo, Conjuez.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, jueves 6 de septiembre del 2012. Las 10h20.

VISTOS: Para resolver la solicitud de la demandada Hipatia Eugenia Altuna Villamarín de aclaración de la sentencia pronunciada por el Tribunal, una vez que se ha dado cumplimiento con el traslado de ley, se considera: 1. De conformidad con lo dispuesto por el art. 282 del Código de Procedimiento Civil: la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas; 2. La obscuridad a la que se refiere la disposición citada, implica que la sentencia se ininteligible y por lo mismo inentendible. En la especie, la sentencia dictada por el Tribunal es perfectamente clara, ininteligible, debidamente fundamentada y por lo mismo en-

tendible. En consecuencia no procede la predicha solicitud, tanto más que la misma tiende a que la Sala modifique los términos de su pronunciamiento lo cual está expresamente prohibido por la ley (Art. 281 del Código de Procedimiento Civil). En virtud de lo expuesto, se rechaza la petición de aclaración de la sentencia formulada por la demandada. Actúe la doctora Ivonne Guamaní en calidad de secretaria encargada mediante acción de personal nro. 3452-DP-DPP de 31 de julio del 2012. **Notifíquese.**

f) **Dr. Guido Mantilla Cardoso, Juez. Dra. Lida Pazmiño Mena, Jueza Encargada. Dra. Nathalia Jaramillo del Pozo, Conjuez.**

FALLO DE CASACIÓN

Voto de Mayoría: Dra. María Rosa Merchán Larrea. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 21 de junio de 2013. Las 08h30.

VISTOS: (691-2012).

ANTECEDENTES. En el juicio ordinario que por nulidad de escritura pública de partición siguen los cónyuges Luis Aturo Iza y Rosa María Ramírez contra María Rosa Alomoto Caiza, María Tránsito Alomoto Caiza, María Trinidad Alomoto Caiza, Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, Mariana Cachigña de Oña, Juan Imbaquingo Chicaiza, Pedro Lagmaña Juna y Segundo Manuel Oña Logacho; la demandada Hipatia Eugenia Altuna Villamarín interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de agosto del 2012, las 14h41, que ratifica la sentencia del juez de primer nivel, que acepta la demanda. Los recurrentes determinan como infringidas las normas de derecho contenidos (**sic**) en los artículos 1341, 1364, 1698, 1699, 1708 del Código Civil; y, 408 y 297 del Código de Procedimiento Civil. Fundamentan el recurso en las causales 1 y 3 del artículo 3 de la Ley de Casación. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente, formula en contra de la sentencia los siguientes cargos: 1. Falta de aplicación del art. 1341 del Código Civil que dispone: "Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá este igual derecho que el vendedor o cedente, para pedir la partición e intervenir en ella"; esto por cuanto, según dice, a la fecha en que se celebró la escritura de partición, 28 de junio de 1991 entre Hipatia Eugenia Altuna Villamarín y los cónyuges Segundo Manuel Oña y Rosa María Ramírez, los demandantes eran "extraños" no tenían ninguna participación en el bien ya que la cesión del 45% de los derechos y acciones a María Trinidad Alomoto Caiza, se celebra el 11 de diciembre de 1992, por tanto, no les quedaba otro camino que el previsto en el art. 1341 del Código Civil antes mencionado, esto es, plantear un juicio de partición, el cual tiene un procedimiento especialísimo en el que se pueden plantear las cuestiones previas de resolución y

formular las alegaciones que las partes estimen pertinentes. 2. El segundo cargo es que no se aplica la norma del art. 1364 del Código Civil el cual dispone que las particiones se anulan y rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, por lo que en el fallo impugnado se debió analizar y aplicar debidamente el art. 1698 del Código Civil relativo a las causales de nulidad de los actos y contratos; toda vez que en el acuerdo partitorio no existe objeto o causa ilícita, ya que no contraviene el Derecho Público Ecuatoriano, como tampoco se trata de un acto prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres; tampoco existe omisión de formalidad alguna pues consta en escritura pública y celebrada por personas absolutamente capaces. Añade que en la hipótesis no admitida que el acuerdo de partición sea nulo, este solo determina la nulidad relativa y no absoluta, por cuanto declarada la nulidad se puede hacer un nuevo acto partitorio voluntario o judicial, ya que la nulidad declarada en sentencia no tiene la calidad de cosa juzgada sustancial sino que da derecho a las partes a ser restituidos al mismo estado anterior al acto o contrato nulo. 3. Acusa la indebida aplicación del art. 1699 del Código Civil, norma que alude a la nulidad absoluta, por cuanto, en el evento de que el acuerdo partitorio tendría algún vicio este daría lugar a la nulidad relativa o rescisión del acto a ser analizado en el juicio partitorio, nulidad relativa que solo puede declararse a petición de parte, según el art. 1700 del Código Civil, norma que también no se aplica. 4. Indica que en la sentencia se invoca fallos de triple reiteración de la Corte Suprema sobre la legitimación en causa, al expresar que los actores con la escritura pública de fojas 2 a 7 demuestran que adquirieron el 45% de los derechos y acciones por compra a María Trinidad Alomoto Acaiza, (sic) omitiendo señalar que la compra se la realiza el 11 de diciembre de 1992, fecha posterior a la partición, por tanto no están legitimados para pretender sentencia de fondo o mérito que resuelva la nulidad del acto partitorio, sino que lo aplicable era la norma del art. 1341 del Código Civil. 5. Que el fallo impugnado confunde la imprescriptibilidad de la acción partitoria con la prescripción de la acción de nulidad de un acto partitorio que está reglada en el art. 1368 del Código Civil, el que ordena que la acción de nulidad y rescisión prescribe respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones, y en el presente caso, la recurrente alude a su criterio de que la nulidad es solamente relativa, que conforme al art. 1708 del Código Civil, prescribe en cuatro años. Respecto al cargo con fundamento en la causal 3, la recurrente argumenta que conforme al art. 408 del Código de Procedimiento Civil, el que interpone recurso de apelación debe determinar los puntos a los que se contrae el recurso; por su parte puntualizó esos puntos, entre ellos que los actores carecen de legitimación activa, en tanto que los demandantes al fundamentar la adhesión al recurso de apelación dicen que han sido despojados de la posesión mediante juicio reivindicatorio cuya sentencia obra en el proceso, como efecto existe el fallo reivindicatorio éste produce efectos de cosa juzgada según el Art. 297

del Código de Procedimiento Civil, norma que no se aplica en la sentencia recurrida, pues se demuestra que no existe posesión alguna de los demandantes. Fijados así los términos 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. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura de Transición, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero de 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 30 de enero de 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en el art. 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. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES. 2.1.** En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede sólo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, constituyendo otro de sus fines según la estructura de la ley de formulación de tales precedentes jurisprudenciales. **3. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL. 3.1 ORDEN EN EL QUE SE ANALIZARÁN LAS CAUSALES.** Este Tribunal considera que el orden que debe seguirse en el análisis de las causales, está dado por el efecto que cada una de aquellas, comporta en la resolución a tomarse. **3.2** En la interposición del recurso se ha invocado la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación “*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.*”, acusando a la sentencia de falta de aplicación del Art. 297 del Código de Procedimiento Civil conforme las razones antes anotadas. Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de las

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 afectada 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. En el presente caso la formulación del recurso no cumple con estas condiciones, por cuanto no señala como infringida ningún precepto de valoración de la prueba, ya que el art. 297 del Código de Procedimiento Civil se refiere a los efectos de la sentencia ejecutoriada; tampoco se expresa el medio de prueba objeto de la infracción y finalmente no se indica la norma de derecho que ha sido violentada por indebida aplicación o falta de aplicación como consecuencia de la primera infracción, es decir, no justifica el nexo de causalidad referido anteriormente. Por lo tanto, se desecha el cargo por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. **3.3** Con fundamento en 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”*, la recurrente acusa a la sentencia de aplicación indebida de los artículos 1341, 1364, 1698, 1699, 1708 del Código Civil, conforme a los cargos antes mencionados. 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; mas 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 se-

ñala 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. En el presente caso tenemos que la acción de los demandantes versa sobre la nulidad del convenio de partición voluntaria celebrado entre Segundo Manuel Oña y Mariana Canchingña de Oña e Hipatia Eugenia Altuna Villamarín el 28 de junio del 1991 ante el Notario Décimo Séptimo del cantón Quito. En esta materia, la norma que regula la nulidad o rescisión de la partición es el art. 1364 del Código Civil que dispone: *“Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si previamente, por motivos legales, no se anulan las sentencias pronunciadas en ellas.”*. Esta norma nos remite a las reglas generales contempladas en Código Civil respecto a la validez de los actos y contratos y a las causales de nulidad, absoluta o relativa, contempladas en la Ley. De acuerdo con el art. 1697 del mencionado Código, es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las personas; y que la nulidad puede ser absoluta o relativa. Por su parte, el Art. 1698 del Código Civil establece: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”* En cuanto a la validez de los actos y contratos, la norma del Art. 1461 del Código Civil prescribe que para que una persona se obligue a otra es necesario que sea legalmente capaz; que consienta en el acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita; a esto debemos añadir que los actos o contratos son nulos si incumplen con algún requisito o formalidad que la ley prescribe para su valor. La Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia objeto de la impugnación sostiene: *“La cónyuge sobreviviente y las herederas han vendido porcentajes de sus derechos y acciones a varias personas, que en forma clara y determinada lo señala en su informe el perito ingeniero Manuel Silva (fs. 290-292), y no se ha acreditado en autos que se haya realizado una partición judicial, por lo que todos los compradores de derechos y acciones, y los herederos que se hayan reservado porcentajes de lo que les correspondía en el inmueble indicado, son copropietarios de la totalidad del bien, cada copropietario no tiene ningún derecho real ni abstracto sobre parte alguna de la cosa, en tanto dure la indivisión. Por tanto cualquier acto material o jurídico sobre el inmueble necesita del consentimiento de todos los condueños. Como la escritura de partición de 28 de junio de 1991, únicamente se ha celebrado entre dos condóminos, sin contar con*

el resto de propietarios, efectivamente se ha incurrido en un caso de nulidad absoluta del mencionado acto o contrato (Arts. 1698 y 1699 del Código Civil)". El motivo de nulidad que invoca el Tribunal ad quem no está contemplado en las normas antes citadas como causal de nulidad absoluta de un acto o contrato; no se trata de incapacidad de las partes que intervienen en el acto o contrato, tampoco de la existencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); no es un caso de objeto ilícito en el sentido de que el acuerdo de partición sea contrario al Derecho Público o tenga por objeto algo prohibido en la Ley (Arts. 1478 y 1482 C.C.); o que se trate de causa no real o ilícita por estar igualmente prohibida en la Ley (Art. 1483 del C.C.); finalmente, el acuerdo de partición se ha celebrado por escritura pública, conforme el Art. 1358 del Código Civil. En caso de que se practicare una partición por acuerdo entre los copropietarios en la cual se pudiera excluir a una persona que también tiene derecho sobre la cosa en común, tal partición no puede surtir efectos respecto de esta persona; quien está en el derecho de demandar judicialmente la partición, ejerciendo la acción prevista en el Art. 639 del Código de Procedimiento Civil, ya que el acto de partición hecho sin su intervención en nada afecta sus derechos sobre la cosa en común; tanto es así que en el presente caso la coheredera, María Trinidad Alomoto Caiza, pudo vender el 45% de sus derechos y acciones a los ahora actores, Luis Arturo Caiza y Rosa María Ramírez sin ningún obstáculo, sin que la existencia de un acuerdo de partición anterior haya sido un impedimento para dicha venta. En cuanto a los derechos de los ahora demandantes, con fundamento en el art. 1341 del Código Civil que dispone: "Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente, para pedir la partición e intervenir en ella."; pueden demandar la partición, derecho que lo adquirieron desde el momento en que pasaron a formar parte de los copropietarios de la cosa indivisa. (Art. 639 C.P.C.). Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, al existir los vicios de indebida aplicación de los Art. 1364, 1668 y 1699 del Código Civil y falta de aplicación del Art. 1341 del mismo Código, en aplicación de lo previsto en el Art. 16 de la Ley de Casación, procede casar la sentencia materia del recurso y en sustitución de aquella dictar una nueva sentencia de mérito. **DECISIÓN.** Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de 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, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de agosto del 2012, las 14h41, en el juicio ordinario de nulidad de partición seguido por Luis Arturo Iza y Rosa María Ramírez contra María Rosa Alomoto Caiza, María Tránsito Alomoto Caiza, María Trinidad Alomoto Caiza, Hipatia Eugenia Altuna Villamarín, Mariana Cachigña de Oña, Juan Imbaquingo Chicaiza, Pedro Lagmaña Juna

y Segundo Manuel Oña Logacho; y en su remplazo, dicta sentencia de mérito desechando la demanda por improcedente. Se deja a salvo las acciones que puedan intentar las partes interesadas. Sin costas ni honorarios que fijar. Entréguese a la recurrente el monto de la caución. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia.

f) **Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional. Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional (V.S.). Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.**

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Dr. Paúl Iñiguez Ríos.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 21 de junio de 2013. Las 08h30.

VISTOS. La señora Hipatia Eugenia Altuna Villamarín interpone recurso de casación de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en fecha miércoles 22 de agosto de 2012, las 14h41, dentro del juicio ordinario de nulidad de partición seguida por los cónyuges Luis Arturo Iza y Rosa María Ramírez, en contra de la casacionista y otros. El fallo recurrido, confirmando el fallo de primer nivel, acepta la demanda y declara la nulidad absoluta del acto o contrato de partición constante en la Escritura Pública celebrada el 28 de junio de 1991 ante Notario Público doctor Nelson Galarza Paz. La Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en conocimiento de la causa, aceptó al trámite el recurso de casación propuesto, mediante auto de fecha 07 de diciembre de 2012, las 09h10. Encontrándose la tramitación del recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera: **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Nos corresponde el conocimiento de ésta causa al haber sido nombrados y posesionados en forma constitucional como Jueces de la Corte Nacional de Justicia y designados para actuar en la Sala, y, como Tribunal conformado en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, nosotros los doctores Paúl Iñiguez Ríos Ponente, María Rosa Merchán Larrea, y Paulina Aguirre Suárez. **FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. PRIMERO:** Del escrito contentivo del recurso de casación, se recoge que el recurrente señala como normas infringidas, los artículos: 1341, 1364, 1698, 1699, 1700, 1368, 1708 del Código Civil y 297 del Código de Procedimiento Civil. **SEGUNDO:** La casacionista señala las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, como sustento del recurso interpuesto. **TERCERO:** Los fundamentos en que sustenta la recurrente, son los siguientes: **A.-** Refiriéndose a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, ha sostenido que, en el fallo recurrido no se considera que el 28 de junio de 1991, fecha de celebración de la escritura de partición entre la compareciente y los cónyuges Segundo Manuel Oña y Mariana Canchigña, los cónyuges demandantes

Arturo Iza y Rosa Ramírez, eran lo que el artículo 1341 del Código Civil denomina, extraños, pues la escritura pública mediante la que los cónyuges Iza-Ramírez compran a María Trinidad Alomoto Caiza el 45% de las acciones y derechos hereditarios es posterior, se celebra el 11 de diciembre de 1992, en consecuencia a la fecha de celebración de la escritura de partición 28 de junio de 1998, los cónyuges Arturo Iza y Rosa Ramírez no tenían la condición de coasignatarios del predio materia de la partición, y como es después que han devenido en adquirentes de derechos y acciones, les quedaba el camino previsto en el artículo 1341 del Código Civil que no se aplica en el fallo recurrido. En el fallo recurrido no se aplica el artículo 1364 del Código Civil que establece que las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, de modo que en el fallo impugnado se debió analizar y aplicar debidamente el artículo 1698 *ibídem* pues en la hipótesis de que el acto partitorio tuviese algún vicio, la nulidad de ese acto no puede ser absoluta sino relativa, lo que hubiese procedido es que los cónyuges Iza-Ramírez, en el juicio de partición al que se refiere el artículo 1341 del Código Civil, entre las cuestiones de resolución previa, aleguen la nulidad relativa o la rescisión del acto partitorio. Se aplica indebidamente el artículo 1699 del Código Civil, norma que alude expresamente a la nulidad absoluta, y la nulidad relativa sólo puede ser declarada a petición de parte según lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil que no se aplica en la sentencia. Se aplica indebidamente el fallo jurisprudencial constante en el considerando cuarto de la sentencia impugnada, pues se omite determinar la fecha en la que los demandantes adquirieron por compra a María Trinidad Alomoto Caiza el 45% de los derechos y acciones que correspondían a la vendedora en el mencionado predio, fecha posterior a la celebración del acto partitorio, los cónyuges Iza-Ramírez no tenían derecho alguno sobre el predio y por tanto no están legitimados para pretender que en sentencia de fondo o de mérito se resuelva la nulidad del acto partitorio por lo que se hallaban en el caso previsto en el artículo 1341 del Código Civil. En el fallo impugnado se confunde entre la imprescriptibilidad de la acción partitoria con la prescriptibilidad de la acción de nulidad y rescisión de un acto partitorio que está reglada en el artículo 1368 del Código Civil que no se aplica, pues en el supuesto de que estuviese viciado el acto partitorio, no es susceptible de una declaratoria de nulidad absoluta sino de nulidad relativa o rescisión, que según el artículo 1708 del Código Civil que tampoco se aplica, prescribe en el plazo de 4 años que en el caso concreto ha transcurrido con exceso.

B.- En cuanto a la alegación del vicio de derecho contenida en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, se manifiesta que, el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil establece, que quien interpone recurso de apelación debe determinar los puntos a los que se contrae el recurso, de

su parte ha puntualizado los que se refiere a que los actores carecen de legitimidad activa-legitimación en causa, en tanto los demandantes en su adhesión al recurso de apelación dicen que han sido despojados de la posesión mediante juicio reivindicatorio cuya sentencia obra del proceso, y es pasada en autoridad de cosa juzgada sustancial que produce efectos irrevocables según el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil que no se aplica en la sentencia recurrida.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. PRIMERO: El recurso de casación, tiene como objeto el examen de legalidad del auto o sentencia materia de impugnación, se concreta en la verificación de: **a)** El encuadramiento correcto de los hechos al derecho; **b)** Que los hechos se hayan determinado a partir de premisas acertadas que llevan a una correcta perspectiva de la prueba y conducen al Tribunal de Instancia a determinar los hechos correctos y concretos al tema; **c)** Que denote la sentencia que se ha observado el debido proceso, o no se haya producido nulidades que influyan en la decisión de la causa; **d)** Que la decisión no omita puntos de resolver, o que en ella se resuelva lo que es materia de la litis; y, **e)** Finalmente, que la sentencia o auto contenga los requisitos exigidos en la ley, o en su parte dispositiva no se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; de no ocurrir los hechos fácticos anotados, justificadas las causales señaladas en la ley, procede casar la sentencia impugnada. Acertadamente Prieto-Castro y Ferrándiz Leonardo, respecto de la casación dice que: *“...el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento, verifica un examen de la aplicación del Derecho realizada por el órgano a quo o de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de la casación.”*¹

SEGUNDO: De acuerdo al escrito de interposición del recurso de casación, se indica que la sentencia impugnada, incurre en los vicios de derecho contenidos en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, siendo primordial revisar las causales en un orden lógico y consecuente con la naturaleza de cada causal, a fin de potencializar la procedencia de cada causal, ya que de proceder una de ellas, basta con analizar la que viabilizaría la revisión de la sentencia, no siendo necesario el análisis de la otra causal. En el presente caso, corresponde en primer lugar el análisis de la causal tercera, denominada doctrinariamente como vicios in procedendo o violación indirecta de la ley y tiene lugar cuando: **1)** Que el juez suponga prueba inexistente, ignore la que existe, o cambie su objetividad o real contenido; **2)** Que los hechos fácticos establecidos por el juzgador sean contrarios a la realidad que deriva de las pruebas existentes en el proceso; y, **3)** Que el yerro en la evaluación conlleven al infringimiento de preceptos que rigen la sentencia; esta causal contenida en el 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,*

¹ Cfr. Derecho Procesal Civil, Editorial Tecnos-Madrid, Vol. 1, 3ra. Edición, 1978, pág. 262.

siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto...". De lo expuesto se establece que es menester se estructure adecuadamente la alegación, para que conlleve al Tribunal de Casación a determinar el acacamiento del vicio alegado; en tal sentido, el casacionista tiene el deber, por una parte, de enunciar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que se estiman infringidos determinando si es por inaplicación, errónea interpretación o aplicación indebida, y por otra parte, la enunciación de las normas de derecho que producto del primer infringimiento, se aplicaron equivocadamente o se inaplicaron, la violación no se produce en forma directa sino de manera indirecta o derivada. En la especie, la recurrente únicamente sostiene que existe falta de aplicación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, disposición que se refiere a los efectos irrevocables que surte una sentencia ejecutoriada y a la imposibilidad de volver a discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto, encontrándonos frente a una sentencia en firme pasada por autoridad de cosa juzgada, la norma indicada por sí sola no presta mérito para la procedencia de la causal alegada, ya que no se estructura adecuadamente la casación por esta causal, tal es así, que se invoca la norma señalada sin precisar a consecuencia de que precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba se produce la falta de aplicación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia la alegación por la causal tercera es improcedente. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia ecuatoriana señala: *"...De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal; es decir, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringido, lo que no ha sucedido en el presente caso..."*². **TERCERO:** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación en la que también se sustenta el recurso interpuesto por Hipatia Eugenia Altuna Villamarín contempla tres modos de infracción de la Ley: **1.-** Aplicación indebida, que ocurre por uno de estos motivos: porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma; porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndole producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; y, porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin ex-

poner una errada interpretación del texto (pues de lo contrario se trataría del tercer modo de violación directa)"; **2.-** Falta de aplicación que consiste en que el Tribunal Ad quem debiendo aplicar ciertas normas pertinentes para la resolución del caso concreto, ha dejado de aplicarlas; y, **3.-** Errónea interpretación, que consiste en el desacierto que incurre el Ad quem al otorgar a cierta norma que ha aplicado en el caso, un alcance mayor, menor o distinto que el descrito por el legislador, *"de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;"*. En el caso sub lite, el cargo que hace la recurrente es el de falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 1341, 1364, 1368 y 1708 del Código Civil, es decir que el recurrente alega el hecho de que el Tribunal de instancia, en palabras de Hernando Devis Echandía, ha *"considerado inexistente una Ley que literalmente existía"* (Estudios de Derecho Procesal), ley cuyo texto se mantiene en vigor; en concepto de Garzonet, citado por José Duque Sánchez, el hecho de que *"se niega a la situación jurídica que está bajo su alcance"* (Manual de Casación Civil); y por último, en opinión de José Núñez Aristimuño, que *"la infracción por omisión conduce a la violación directa de la norma; esto es, que en el caso, la situación de fondo debió ser decidida de acuerdo con el precepto que efectivamente planteaba la solución y que el juez no aplicó"* (Aspectos en la Técnica de la Formulación del Recurso de Casación). Al respecto, el mismo autor añade que *"La violación de la Ley en cuanto se desconoce el contenido de la norma, se refiere a la premisa mayor del silogismo que constituye la sentencia, o sea, la norma en abstracto, y abarca un amplio y complejo concepto jurídico que va mas allá del simple desconocimiento del texto legal en su verdadero sentido. En efecto –dice–, el desconocimiento de la disposición por el juez, dentro del concepto de violación de ley, puede llegar hasta el aspecto de si la norma está o no vigente y en cuanto a sus efectos en el espacio y en el tiempo (...). Si la impugnación a la sentencia se concreta al simple desconocimiento que de la norma hizo el juez, en cuanto contradice su contenido, sería suficiente la denuncia de infracción del solo precepto o artículo que la contiene, acompañada de la argumentación que demuestre esa violación..."*; en este contexto, si bien la casacionista considera que no se ha aplicado el artículo 1341 del Código Civil, porque el 28 de junio de 1991 se celebró la escritura de partición entre la compareciente y los cónyuges Segundo Manuel Oña y Mariana Canchignia, y la escritura pública mediante la cual los cónyuges Iza-Ramírez compran a María Trinidad Alomoto Caiza el cuarenta y cinco por ciento de los derechos y acciones hereditarios es posterior, siendo la fecha de celebración de la escritura pública el 11 de diciembre de 1992, por lo que no tenían la condición

² Auto N° 67-2004. CSJ. TSCYM. Quito, 26 de marzo del 2004. VISTOS (40-2004): Recurso de hecho, sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito. Se rechaza el recurso. R.O. No. 507 de 19/01/2005.

de coasignatarios del predio materia de la partición y por tanto eran personas extrañas conforme a lo establecido en el artículo 1341 del Código Civil, el cual expresamente establece: **“Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá este igual derecho que el vendedor o cedente, para pedir la partición o intervenir en ella”**, de esta disposición se infiere, que la interpretación es equivocada por parte de la recurrente, que claramente garantiza el derecho de los compradores de la cuota de un coasignatario sobre un bien común, a solicitar la partición o intervenir en la misma; el Tribunal Ad quem, declara la nulidad de la partición, considerando que se trata de una nulidad absoluta, conforme al artículo 1699 del Código Civil, fundamento legal de la demanda, la misma que puede ser declarada de oficio o a petición de parte, siempre y cuando aparezca de manifiesto objeto o causa ilícita, se omita algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos y en el que intervengan personas absolutamente incapaces; en el presente caso al tratarse de una sucesión, mientras permanezca indivisa, ninguno de los coparticipes puede pedir la división de uno o más de los bienes sucesorios, a menos que exista el consentimiento de todos los herederos o condóminos, lo cual en la especie, más bien con la escritura de partición se afecta gravemente por incluir y dejar de lado a otros coparticipes, concretamente a los cónyuges Iza-Ramírez, nulidad que procede en virtud de lo establecido en el artículo 1364 del Código Civil, que establece: **“Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos”**, –disposición alegada como inaplicada–, ya que al no contarse con todos los herederos o condóminos se perjudicó a los cónyuges Iza-Ramírez, estando su derecho acreditado con la escritura pública que obra de autos mediante la cual adquieren, el cuarenta y cinco por ciento de los derechos y acciones sobre el inmueble materia de la partición, (derechos y acciones singulares), sin que tenga importancia que la compra sea posterior a la fecha de la partición; además la casacionista estaría enriqueciéndose injustamente. En vista de lo expuesto, no tienen asidero la alegación de la impugnante Hipatia Eugenia Altuna Villamarín de no aplicación de las normas contenidas en los artículos 1364 y 1700 del Código Civil, que refieren a la anulación y rescisión de las particiones, como tampoco aplicación indebida de los artículos 1698 y 1699 ibídem, que establecen cuando procede la nulidad absoluta, y que la misma puede y debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte, disposiciones que por el contrario han aplicado en debida forma los juzgadores. Respecto a la indebida aplicación del fallo jurisprudencial constante en el considerando cuarto de la sentencia recurrida, por la falta de consideración de la fecha en la que los cónyuges Iza-Ramírez adquirieron por compra a María Trinidad Alomoto Caiza el cuarenta y cinco por ciento de los derechos y acciones posterior a la celebración del acto partitorio, como ya se explicó anteriormente, no tratándose de la acción de nulidad relativa o rescisión, sino de nulidad absoluta, que puede ser declarada de oficio o a petición de parte

de cualquier persona interesada, y el hecho de que la compra haya sido posterior a la fecha de la partición, no quita el interés de los cónyuges Iza-Ramírez, por tratarse de sus bienes patrimoniales, no siendo procedente la alegación de indebida aplicación del precedente jurisprudencial que se alega se ha violado. **DECISIÓN.** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala 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”**, **NO CASA**, la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en fecha 22 de agosto de 2012, a las 14h41, dentro de la acción de nulidad de partición incoada por Luis Arturo Iza y Rosa María Ramírez en contra de Hipatia Eugenia Altuna Villamarín y otros. Entréguese el valor total de la caución a la parte actora conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Casación. **Notifíquese, publíquese y devuélvase** el expediente para los fines de ley.

f) **Dr. Paúl Iníñez Ríos, Juez Nacional Ponente (Voto Salvado); Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional.**

VI

Nro. 546-5-2007

Juicio ordinario de nulidad de escritura pública propuesto por los señores Roberto Antonio Campozano Fischer, Nelson Alfonso Campozano Fischer y Pedro José Campozano Fischer, contra el Notario Trigésimo Piedro G. Ayca Vincenzini.

SÍNTESIS:

Los actores demandan la nulidad de escritura de compraventa basada en falsos poderes. Del análisis grafológico se concluye que las firmas constantes en los poderes son realizadas por diferentes personas. En tal virtud, la sentencia declara la nulidad absoluta de los cuatro poderes de mandato, los mismos que aparecen como habilitantes para la suscripción de la escritura de venta de derechos de copropiedad de derechos y acciones hereditarios. Por consiguiente se declara la nulidad absoluta de la escritura de compraventa subsiguiente celebrada a favor del Sr. Carlos Xavier Campozano Fischer. La sentencia de la Corte Provincial rechaza la demanda, por considerar que en el proceso no concurrieron todas las partes procesales. El Tribunal de Casación casa la sentencia, declarando la nulidad de los poderes, así como de la escritura de compraventa, ordenando la marginación en la notaría correspondiente, así como la inscripción en el registro de la propiedad.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEXTO DE LO CIVIL DE GUAYAQUIL.
Guayaquil, 28 de septiembre del 2009. Las 10h10.

VISTOS: A fojas 39 a 42, comparece el abogado MARIO ALFREDO AGUIRRE MAURA en calidad de procurador judicial de los señores ROBERTO ANTONIO CAMPOZANO FISCHER, NELSON ALFONSO CAMPOZANO FISCHER y PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER, adjuntando a la demanda tres escrituras de procuración judicial, las mismas que constan en autos en fojas 3 a 10, legitimando de esta manera su intervención y personería, manifestando que, sus comitentes, los señores hermanos ROBERTO ANTONIO, NELSON ALFONSO Y PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER, en compañía de sus hermanos, los demandados, DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER y CARLOS XAVIER CAMPOZANO FISCHER, mediante escritura pública celebrada ante Notario THELMO TORRES CRESPO, el veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y siete, e inscrita el once de octubre del mismo año, adquirieron en estado de soltería, la propiedad del bien inmueble identificado como solar número diez de la manzana noventa y seis, ubicado en la calle V. Emilio Estrada, de la ciudadela Urdesa Central, parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil, por compra a la compañía Urbanizadora del Salado S.A. (URDESA), inmueble que tiene los siguientes linderos y dimensiones: por el norte, solar tres, con ocho metros cuarenta y cinco centímetros; por el sur, calle Víctor Emilio Estrada, con ocho metros cuarenta y cinco centímetros. por el este, solar nueve, con veinte metros; y, por el oeste, solar once, con veinte metros. Medidas que dan una superficie total de ciento sesenta y nueve metros cuadrados; correspondiéndole el código catastral, treinta y cinco-cero, cero, noventa y seis-cero diez-cero, cero, cero, cero-cero-cero (35-0096-010-0000-0-0). Que de la copia auténtica de escritura pública que acompaña, otorgada mediante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, el veinte y dos de marzo del dos mil dos, se encuentra registrada la venta de derechos de copropiedad y de derechos y acciones hereditarias, en la misma en la que supuestamente comparecen sus comitentes: ROBERTO ANTONIO CAMPOZANO FISCHER mediante poder especial a favor de DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER, otorgado mediante escritura pública de fecha 27 de abril del 2000, ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; NELSON ALFONSO CAMPOZANO FISCHER mediante poder especial conferido a favor de DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER, otorgado mediante escritura pública de fecha 6 de marzo de 1998, ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; y PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER mediante poder especial a favor de DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER, otorgado mediante escritura pública de fecha 29 de julio de 1999, ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; y la madre de sus comitentes MARÍA ISABEL FISCHER GARCÍA fallecida el 8 de abril del 2002, com-
parece representada por DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER mediante supuesto poder conferido el doce de junio del 2001 ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, pero manifiestan que es el caso, que los tres poderes y los contratos de mandato que contiene y aparecen como habilitantes para suscripción de la escritura de marras, son nulas por falsedad de forma, es decir contienen lo que la doctrina llama falsedad subjetiva, pues sus comitentes no han sido ni autores intelectuales peor materiales de los poderes habilitantes. Con estos antecedentes y fundado en los artículos 1698 del Código Civil párrafo primero que reza “*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*”. Y en el artículo 1697 ibidem párrafo primero, “*Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Así como en los arts. 169 numeral 5, 180, 187 del Código de Procedimiento Civil, y en la Ley Notarial art. 48. “Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tiene la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes”, y otros del Código Civil acuden y en juicio ordinario, demandan la nulidad absoluta de las escrituras públicas de poder y los mandatos de contrato que ella contienen, por falsedad, y por lo tanto, a la vez, demandan la nulidad de la escritura de compraventa basada en los falsos poderes, y aludida en el acápite segundo de la presente demanda, realizada entre los susodichos señores DELIA LEONOR CAMPOZANO FISCHER en calidad de falsa mandataria y vendedora, y a los cónyuges CARLOS XAVIER CAMPOZANO FISCHER y MARÍA EUGENIA PIEDRAHITA MENDOZA en calidad de compradores, para que en sentencia se sirva declarar la nulidad absoluta de la escritura de compraventa y por lo tanto del contrato que ella contiene, declarando con lugar la presente demanda, tal como lo dispone el art. 1704 del Código Civil, y mediante sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, nos conceda el derecho para que las cosas sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo. Reclama daños y perjuicios, pago de costas procesales y honorarios profesionales. Admitida la demanda a trámite, mediante vía ordinaria, por auto dictado el 07 de agosto del 2007, a las 17:14:45’, que obra a fojas 45, se ordena dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1000 del Código de Procedimiento Civil, orden providenciada a fojas 62, de fecha 26 de noviembre del 2007, a las 16:28:20’ y notificada el 23 de enero del 2008 conforme consta en autos en fojas 63, también se ordenó citar a los demandados en las direcciones señaladas para el efecto, diligencia que se encuentra cumplida según consta en autos en fojas 47 a 53. A fojas 46 comparece el actor solicitando se cite con la presente demanda al señor Notario Trigésimo del cantón Guayaquil DR.*

PIERO G. AYCART VINCENZINI, lo que, por ser procedente se dispone la citación con la demanda al señor Notario Trigésimo en auto de fecha 26 de noviembre del 2007, a las 16:28:20', diligencia que se encuentra cumplida tal como consta en fojas 69 a la 71. A fojas 54 comparecen los demandados CARLOS XAVIER CAMPOZANO FISCHER y DELIA LEONOR CAMPUZANO FISCHER dando contestación y presentando las siguientes excepciones: "Inexistencia de los hechos afirmados por los accionantes dentro de la presente demanda de nulidad de escritura", "la presente demanda incumple, los requisitos señalados en el artículo 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil, y también incumple los requisitos propios de la procuración judicial, ya que la misma es insuficiente", "Alegamos también falsedad en el contenido de la presente demanda de nulidad de escritura", "Alegamos ilegitimidad de la personería del actor", "Alegamos prescripción de la acción, por cuanto han transcurrido más de 10 años de la celebración de la escritura de compraventa, celebrada entre el señor Notario Trigésimo", "Alegamos impugnación de los tres poderes de Procuración Judicial, acompañadas a la presente demanda de nulidad de escritura pública, conferidas por los accionantes Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozaño Fischer, a favor del abogado Mario Aguirre Maura, por ser ilegal e indebidamente actuada". "Alegamos falta de derecho del actor para que deduzca demanda de nulidad de escritura pública de compraventa", "Alegamos autenticidad de la escritura pública de compraventa otorgada por el señor Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, el día 22 de marzo de (sic) 2002". A fojas 56 y 57, comparece la demandada MARÍA EUGENIA PIEDRAHITA MENDOZA, dando contestación a la demanda y presentando las siguientes excepciones: "Inexistencia de los hechos afirmados por el accionante", Alego falsedad en el contenido de la presente demanda", "Alego impugnación de los tres poderes y de Procuración Judicial". A fojas 74 comparece el señor Notario Trigésimo de Guayaquil Dr. PIERO AYCART VINCENZINI, manifestando que "no se allana con ninguna de las nulidades que adolece el presente juicio, que con la única finalidad de no quedar en indefensión comparece a la instancia, designando su defensor y señalando casilla judicial para futuras notificaciones. Convocadas las partes a la audiencia de conciliación, ésta se realiza en el día y hora señalada tal como consta a fojas 103, con la comparecencia del procurador judicial de los actores el Ab. Mario Aguirre Maura y con el Ab. Rafael Fernando Escalante Jordán ofreciendo poder o ratificación de los demandados, quienes se ratificaron en sus acciones y excepciones, sin lograr conciliación alguna. Trabada así la litis, procesalmente las partes quedaron inmersas en lo señalado en el art. 114 del Código Adjetivo Civil, habiéndose recibido la causa a prueba por el término de diez días, donde las partes litigantes, actuaron y reprodujeron las pruebas que obran de autos. Por ser el estado de la causa el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** En la sustanciación de la causa, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna, ni vicios

de nulidad, la nulidad alegada por los demandados, constante en fojas 72, fue oportunamente subsanada, por no influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido el proceso. **SEGUNDO:** La comparecencia del accionante se encuentra legalmente acreditada y justificada con las tres escrituras de procuración judicial, la primera otorgada por Nelson Alfonso Campozaño Fischer al abogado Mario Aguirre Maura, incorporada a autos en fojas 3 a 5; la segunda otorgada por Pedro José Campozaño Fischer al abogado Mario Aguirre Maura, incorporada a autos en fs. 6 a 8, ambas otorgadas ante Notario Público Juan Donald Calvo, en la ciudad de Miami Florida, Estados Unidos de Norteamérica, debidamente certificada por el Agente Consular de la ciudad de Miami, al tenor de lo dispuesto Capítulo III de Actos Notariales y Judiciales del art. 29 del Reglamento a la Ley de Derechos Consulares, poder conferido específicamente para demandar en la ciudad de Guayaquil la nulidad de escritura pública de poder y el contrato de mandato que ella contenga, por falsedad, y a la vez demande nulidad de escritura pública de compraventa en contra de los demandados; la tercera otorgada por Roberto Antonio Campozaño Fischer al abogado Mario Aguirre Maura, incorporada a autos en fojas 9 a 11, otorgada ante Notario Sexto del Cantón Cuenca doctor René Durán Andrade, poder conferido específicamente para demandar en la ciudad de Guayaquil la nulidad de escritura pública de poder y el contrato de mandato que ella contenga, por falsedad, y a la vez demande nulidad de escritura pública de compraventa en contra de los demandados; con lo que la excepción de ilegitimidad de personería e impugnación de los tres poderes de procuración judicial, de parte de los demandados es improcedente, cuanto más que los accionados en la etapa de prueba correspondiente no han demostrado ni probado ilegalidad alguna, quedando en simples enunciados. **TERCERO.** La parte actora pretende la declaratoria de nulidad de los poderes habilitantes ya descritos en párrafos anteriores, por cuanto los poderes y contratos de mandato que contienen y aparecen como habilitantes para suscripción de la escritura pública que acompaña a fojas 12 a 34, otorgado mediante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el veinte y dos de marzo del dos mil dos, e inscrita según consta en el certificado de matrícula inmobiliaria # 96940, constante en fojas 35 a 38, el 19 de octubre del 2005, con número de inscripción 12, 952 y repertorio # 26,324, donde se encuentra registrada la venta de derechos de copropiedad y de derechos y acciones hereditarias, en la misma en la que supuestamente comparecen sus comitentes, las mismas que son nulas por falsedad de forma, es decir contiene lo que la doctrina llama falsedad subjetiva, pues sus comitentes no han sido ni autores intelectuales peor materiales de los poderes habilitantes para la escritura de compraventa de marras, por ende demandan la nulidad de la escritura de compraventa celebrada por los demandados. **CUARTO:** La falsedad en que se apoya la demanda es de la llamada por la doctrina falsedad subjetiva que consiste en hacer aparecer que un documento procede de una persona que no fue autor ni

intelectual ni material, en razón de la fe pública que da el Notario de que en su presencia el poderdante suscribió la escritura de mandato, esta fe pública no puede ser destruida sino mediante prueba directa y fehaciente, esto es por prueba ordenada legalmente por el Juez y realizada con el auxilio de peritos grafólogos; en otras palabras con la inspección ocular del original de la escritura pública o matriz, incorporada en el protocolo o registro, escrituras (**sic**) en la que están puestas las firmas que se aseveran ser falsas, a fin de verificar, mediante examen grafológico, del caso, la verdad. **QUINTO:** Dentro de la etapa de prueba se encuentra petición del actor para la realización de la pericia grafológica de los documentos impugnados de falsos a fojas 110 y 110 vuelta, 111 y 111 vuelta, 130 y 130 vuelta y 131, la misma se encuentra legalmente provista mediante providencia de fecha 28 de agosto del 2008, a las 10:37:19' constante en fojas 112; a fojas 118 se encuentra providencia de fecha 10 de diciembre del 2008, a las 11:26:43', en que se designa para esta diligencia al perito del departamento de criminalística del Guayas Teniente de Policía Carlos Perugachi Betancourt; a fojas 119 se encuentra la razón de la posesión legal del mentado perito, a fojas 169 a 224 se encuentra informe pericial grafológico exhaustivo de las cuatro escrituras de poder incorporadas a la escritura de venta de derechos y acciones demandada de nulidad, pericia que según el informe en fojas 184, se basa en el "sistema sicopométrico, el cual señala como condición sine qua non, el estudio de los documentos originales", estudio pericial que en fojas 192 llega a la siguiente conclusión: "5.1. LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 1 (Poder especial que otorga el señor Nelson Alfonso Campo-zano Fischer a favor de la señora Delia Leonor Campo-zano (1998 Protocolo de Escrituras Públicas tomo 12 folios 5501 al 6008 Notaría 30). NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA INDUBITADA ANALIZADA, DEL SEÑOR NELSON ALFONSO CAMPOZANO FISCHER OBRANTE EN LOS CUERPOS DE ESCRITURA ELABORADOS EN EL DCG, ES DECIR QUE FUERON REALIZADOS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA." "5.2 LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 2 (Poder especial que otorga el señor Roberto Campo-zano Fischer a favor de la señora Delia Leonor Campo-zano (2000 Protocolo de Escrituras Públicas, Tomo 45 folios 22000 al 22499 Notaría 30), NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA INDUBITADA ANALIZADA DEL SEÑOR ROBERTO CAMPOZANO FISCHER OBRANTE EN LOS CUERPOS DE ESCRITURA ELABORADOS EN EL DCG, ES DECIR QUE FUERON REALIZADOS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA" "5.3 LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 3) Poder especial que otorga el señor (**sic**) María Isabel Fisher García a favor de la señora Delia Leonor Campo-zano (2001 Protocolo de Escrituras Públicas Tomo 69 folios 34002 al 34499 Notaría 30), NO GUARDA IDENTIDAD CALI-

GRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA TESTIGO NRO. 5 (Tarjeta índice nro. 0901129585, a nombre de María Isabel Fischer García) ANALIZADA, DE LA SEÑORA MARÍA ISABEL FISCHER GARCÍA, ES DECIR, QUE FUERON REALIZADAS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA" "5.4 LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 3 (Poder especial que otorga el señor Pedro José Campo-zano Fischer a favor de la señora Delia Leonor Campo-zano (1999 Protocolo de Escrituras Públicas tomo 52 folios 255005 al 25999 Notaría 30), NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA TESTIGO NRO. 6 (tarjeta índice nro. 0903363125, a nombre de Pedro José Campo-zano Fischer) ANALIZADA, DE LA (sic) SR PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER, ES DECIR QUE FUERON REALIZADAS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA". Prueba abundante y suficiente, teniendo en cuenta que el informe pericial determina que los cuatro poderes impugnados son realizados por distintas personalidad gráfica, la misma que por ser actuada legalmente tiene pleno valor, pericia que según escrito de los demandados a fojas 247 y 248 es impugnada como "mamotreto" por supuestamente carecer de veracidad y por cuanto la diferencia se debe "al transcurrir del tiempo", no existiendo fundamento técnico científico para probar dichas aseveraciones conforme a la fundamentación constante en ratificación pericial incoada a fojas 250 y 252. Abunda como prueba en contra de los demandados su reiterada negativa al llamamiento a rendir confesión judicial, razón por la cual este juzgador a petición de parte actora se les declaró confesos al tenor de las preguntas calificadas como pertinentes, dando a las confesiones fictas valor de prueba en su contra. **SEXTO:** Entre otras de las excepciones de los demandados está, la de "prescripción de la acción por cuanto han transcurrido más de 10 años de la escritura de compraventa", de autos consta a fojas 12 como fecha de suscripción de la escritura de compraventa, veintidós de marzo del dos mil, lo que evidentemente al tener en cuenta la presente fecha deja sin peso dicha afirmación, igual cosa se puede manifestar de los poderes incorporados como habilitantes para la celebración de la escritura de marras, cuanto más si se tiene en cuenta lo prescrito en el art. 1699 del Código Civil que contempla que la nulidad absoluta (**sic**) "...no puede sanearse ni por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años". **SÉPTIMO:** No hay pues tampoco asidero de las excepciones de "falta de derecho del actor", alegada por los demandados, cuando la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte (art. 1699 del Código Civil). **OCTAVO:** Los demandados no han aportado ni reproducido ninguna prueba que desvirtúe o pruebe sus aseveraciones, simplemente se han limitado a impugnar sin ningún sentido todas las actuaciones, dejando evidentemente clara la intención de retardar la prosecución de la causa, por lo expuesto, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR**

AUTORIDAD DE LAS CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, desechando las excepciones propuestas, se declara la nulidad absoluta de los cuatro poderes de contrato de mandato que aparecen celebrados por los señores Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como, el poder de contrato de mandato de María Isabel Fisher García, supuestamente otorgados a Delia Leonor Campozano Fischer, los mismos que aparecen como habilitantes para la suscripción de la escritura de venta de derechos de copropiedad y de derechos acciones hereditarios mencionados en la parte introductoria de la presente sentencia por falsedad de forma invocada en el art. 169 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no son los autores materiales ni intelectuales, y por consiguiente se declara la nulidad absoluta de la escritura de compraventa subsiguiente celebrada a favor del Sr. CARLOS XAVIER CAMPOZANO FISCHER QUE LE HACEN LOS SEÑORES NELSON ALFONSO CAMPOZANO FISCHER, ROBERTO ANTONIO CAMPOZANO FISCHER, PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER, DELIA CAMPOZANO FISCHER Y MARÍA ISABEL FISCHER GARCÍA DE CAMPOZANO, otorgada ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el VEINTE Y DOS DE MARZO DEL DOS MIL DOS, e inscrita según consta en el certificado de matrícula inmobiliaria # 96940, el 19 de octubre del 2005, con número de inscripción 12,952 y repertorio # 26,324, es decir vuelvan las cosas al estado anterior. Notifíquese para los fines legales consiguientes a los señores: Notario Trigésimo del cantón Guayaquil y al señor Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil. Con costas, se fija en \$500,00 (quinientos dólares americanos) los honorarios del abogado defensor de la parte actora. **Publíquese y notifíquese.**

f) ilegible.

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 11 de agosto del 2011. Las 10h27.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación (fojas 257) interpuesto por la parte demandada, Carlos Xavier y Delia Leonor Campuzano Fischer de la sentencia estimatoria (fojas 252-254 y vta.) dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, dentro del juicio ordinario que les siguen Roberto Antonio Campuzano Fischer, Nelson Antonio Campuzano Fischer y Pedro José Campuzano Fischer, por radicada la competencia en esta Sala, al efecto se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido al no observarse omisión de solemnidad sustancial alguna ni vicio de procedimiento que lo afecte de nulidad influyendo en la decisión de la causa. **SEGUNDO:** De fojas 39 a 41, comparece el abogado Mario Alfredo Aguirre Maura, en calidad de Procurador Judicial de los señores Roberto Antonio Campuzano Fischer, Nelson Antonio Campuzano Fischer y Pedro José Campuzano Fischer, tal como lo acredita con las escrituras de procuración judicial

que acompaña, a demandar a Delia (sic) Contrato que ellas contienen, (sic) por falsedad y por lo tanto, a la vez demandan la nulidad de la escritura de compraventa basada en los falsos poderes, y aludida en la acápite segundo de la presente demanda realizada entre los susodichos señores Delia Leonor Campuzano Fisher en calidad de falsa mandataria y vendedora, y a los cónyuges Carlos Xavier Campuzano Fisher y María Eugenia Piedrahíta Mendoza en calidad de compradores, para que en sentencia se declare la nulidad absoluta de la escritura de compraventa y por lo tanto del contrato que ella contiene declarando con lugar la demanda, tal como lo dispone e (sic) artículo 1704 del Código Civil y mediante sentencia que tenga fuerza d (sic) cosa juzgada, les conceda el derecho para que las cosas sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubieren existido el acto (sic) contrato nulo. Aceptada que fue la demanda al trámite del juicio ordinario se citó a los demandados, según consta de fojas 47 a 53 y de fs. 69 a 71 consta la citación al doctor Piero Aicart Vincenzini en su calidad de Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, por pedido posterior de los actores en escrito de fojas 60 a 61, compareciendo a juicio Carlos Xavier Campuzano Fisher y Delia Leonor Campuzano Fisher, contestando la demanda y deduciendo las excepciones que constan de fojas 54 a 55 haciendo lo mismo María Eugenia Piedrahíta Mendoza en el escrito de (sic) 56 a 57, pero el Notario comparece mediante el memorial de fojas 74 (sic) contestar la demanda produciéndose el efecto procesal de negativa simple a los fundamentos de la demanda según el artículo 103 d (sic). Código de Procedimiento Civil, quedando de tal manera trabada la litis. **TERCERO:** Al respecto, es obligación del juzgador advertir al momen (sic) de dictar sentencia, si hay o no relaciones sustanciales cuan (sic) intervienen varios sujetos si la traba de litis se configura sobre es (sic) relaciones, como se orienta en la resolución nro. 251-2003 sobre nulidad de escritura pública, expedida por la Primera Sala de la extinguida Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. nro. 221 del 28-XI-2003, en que se agrega “que la legitimación en causa no es un presupuesto o solemnidad sustancial cuya omisión anula el proceso, sino una condición para el éxito de la demanda, ya que el juzgador se ve imposibilitado de dictar sentencia de fondo si no intervienen todos los sujetos de esa relación sustancial, cuando ésta por su naturaleza o por la ley no puede fraccionarse o dividirse en partes o porciones vinculantes para determinados sujetos y para otros no, porque la decisión obliga a todos. En estos casos resulta indispensable la presencia en el proceso de todas las partes vinculadas a la relación sustancial, a fin de que la relación jurídico-procesal quede completa. Sólo así el juzgador está en posibilidad de dictar sentencia de mérito o fondo; por tanto, si la litis no quedó debidamente integrada la sentencia sería inútil datu. Tratándose del demandado, hay falta de legitimidad en causa o contradictor necesario en dos supuestos: 1) cuando quienes concurren al proceso no son los sujetos a quienes corresponde contradecir las pretensiones especificadas en la demanda, y 2) cuando éstos deben ser parte como demandados, pero

no solos sino en concurrencia con otras personas que no han concurrido al proceso” en cuyo sentido se han pronunciado fallos de triple reiteración a más del enunciado precedentemente constan en las sentencias publicadas en los R.O. nro. 39 del 2-X-1998; R.O. 335 del 9-XII-1999; R.O. 273 del 9-IX-1999; R.O. nro. 140 del 14-VIII-2000; R.O. nro. 571 del 8-V-2002; R.O. nro. 262 del 29-I-2004 y Gaceta Judicial serie XVIII nro. 4 p. 1406 con los cuales coincide la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en fallo constante en la Gaceta Judicial serie XVII nro. 6 pág. 2131, aplicables al caso porque hacen la diferencia entre “falta de legitimatio en causam” y “falta de legitimatio ad processum” o ilegitimidad de personería, que es una de las excepciones propuestas por los demandados. **CUARTO:** En dicho contexto se determina que efectivamente se traba la litis sobre las relaciones sustanciales del asunto controvertido sobre la nulidad de la escritura pública y los poderes que contiene, cuya copia certificada corre de fojas 12 a 34 creándose una litis consorcio necesaria con las partes intervinientes en la celebración de la misma y los funcionarios que la perfecciona (Notario Público) e inscribe (Registrador de la Propiedad) como aconsejan la doctrina y jurisprudencia citadas. Más, en la especie revisado los autos se establece que el Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil, que inscribió el instrumento público controvertido no forma parte de la relación sustancial necesaria, provocándose el vicio de “falta de legitimatio ad causam” porque los demandantes no dirigen sus pretensiones contra aquel ni tampoco se lo ha citado para que intervenga en el proceso, ya que la notificación de fojas 63 para que inscriba la demanda no produce el efecto de convertirlo en parte procesal, pues conforme al artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias ejecutoriadas surten efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio y “en caso de que se declare la nulidad absoluta de la escritura pública materia del presente litigio, su ejecución se convertiría en imposible por cuanto no se ha contado en el proceso con todas las partes procesales que debían concurrir, específicamente el Notario ante el cual se suscribió dicha escritura y a quien se le ha privado el derecho de defensa, y el Registrador de la Propiedad quien inscribió dicha escritura pública, por lo que en salvaguarda del derecho de defensa, y por cuanto no se ha contado con todas las personas que necesariamente debían concurrir como demandados” según fundamenta en caso análogo “para rechazar la (sic) demanda, por no haber la debida integración de la parte pasiva, no (sic) obstante ser un caso de litis consorcio necesario...” la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinguida Corte Suprema de Justicia en la sentencia nro. 264-2003, publicada en el R.O. 262, 29-I-2004; En consecuencia, aplicando el precedente jurisprudencial contenido en los fallos de triple reiteración citados que son vinculantes y obligatorios para los juzgadores de primer y segundo niveles, conforme al 2.º inciso del artículo 19 de la Ley de Casación y por el mérito que prestan las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial

de Justicia del Guayas “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” aceptando el recurso de apelación, revoca la sentencia venida en grado y por tanto rechaza la demanda. Agréguese a los autos los escritos y anexos que anteceden. **Dese lectura y notifíquese.**

f) **Dr. Zoilo Jacinto López R., Juez. Ab. Inés Rizzo Pastor, Jueza. Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez (V.S).**

VOTO SALVADO

Abogado: Jorge Jaramillo Jaramillo.

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 11 de agosto de 2011. Las 10h27.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación (fojas 257) interpuesto por los demandados Carlos Xavier y Delia Leonor Campozano Fisher, de la sentencia estimatoria (fojas 252-254 y vuelta) expedida por el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, dentro del juicio ordinario que les sigue Roberto Antonio Campuzano Fischer, Nelson Antonio Campuzano Fisher y Pedro José Campuzano Fisher, por radicada la competencia en esta Sala, al efecto se considera: **PRIMERO:** De fojas 39 a 41, comparece el abogado Mario Alfredo Aguirre Maura, en calidad de procurador judicial de los señores Roberto Antonio Campuzano Fischer, Nelson Antonio Campuzano Fisher y Pedro José Campuzano Fisher, tal como lo acredita con las tres copias de las escrituras de procuración judicial que acompaña, a demandar a Delia Leonor Campuzano Fischer, en calidad de falsa mandataria y vendedora, y a los cónyuges Carlos Xavier Campuzano Fisher y María Eugenia Piedrahita Mendoza, en calidad de compradores, para cuyo efecto manifiesta: Que sus comitentes Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campuzano Fischer, en compañía de sus hermanos, los demandados Delia Leonor Campuzano Fischer y Carlos Xavier Campuzano Fischer, mediante escritura pública celebrada ante el Notario Thelmo Torres Crespo, el veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y siete e inscrita el once de octubre del mismo año, adquirieron en estado de soltería, la propiedad del bien inmueble identificado como solar número diez de la manzana noventa y seis, ubicado en las calles V. Emilio Estrada, de la ciudadela Urdesa Central, parroquia Tarqui de esta ciudad, por compra a la Urbanizadora del Salado S.A. (URDESA), inmueble que tiene los siguientes linderos y dimensiones; por el norte, solar tres, con ocho metros cuarenta y cinco centímetros; por el este, solar nueve, con veinte metros; y, por el oeste, solar once, con veinte metros, medidas que dan una superficie total de ciento sesenta y nueve metros cuadrados; correspondiéndole el código catastral treinta y cinco-cero-cero, noventa y seis-cero diez, cero, cero, cero, cero, cero (35-0096-010-0000-0-0); que en la copia auténtica de la escritura pública que acompaña, otorgado mediante (sic) el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, el veinte y dos de

marzo del dos mil dos, se encuentra registrada la venta de copropiedad y de derechos y acciones hereditarias, en la misma en que supuestamente comparecen sus comitentes: Roberto Antonio Campuzano Fischer mediante poder especial a favor de Delia Leonor Campuzano Fischer otorgado mediante escritura pública de fecha 27 de abril del 2000, ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; Nelson Antonio Campuzano Fischer, mediante poder especial conferido a favor de Delia Leonor Campuzano Fischer, otorgado mediante escritura pública de fecha 5 de marzo de 1998, ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; y Pedro José Campuzano Fischer, mediante poder especial a favor de Delia Leonor Campuzano Fischer, otorgado mediante escritura pública de fecha 29 de julio de 1999, ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; que la madre de sus representantes, María Isabel Fisher García, fallecida el 8 de abril del 2002, comparece representada por Delia Leonor Campuzano Fischer mediante supuesto poder conferido el 12 de junio del 2001, ante Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; que los tres poderes y contratos de mandato que contienen y aparecen como habilitantes para suscripción de la escritura de marras, son nulos por falsedad de forma, es decir contienen lo que la doctrina llama falsedad subjetiva, pues sus representados no han sido ni autores intelectuales peor materiales de los poderes habilitantes. Concluye manifestando, que con dichos antecedentes y fundado en los artículos 1698 del Código Civil, párrafo primero que reza “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan, son nulidades absolutas” y 1697 ibídem, párrafo primero, que prescribe: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”, así como en los artículos 169 numeral 5, 180, 187 del Código de Procedimiento Civil, y artículo 48 en la Ley Notarial que dice “Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes”, y otros del Código Civil, demanda en juicio ordinario la nulidad absoluta de las escrituras públicas del poder y el mandato que ellas contienen, por falsedad; y a la vez también demanda la nulidad de la escritura de compraventa y el contrato que ella contiene que basada en los falsos poderes, han realizado Delia Leonor Campuzano Fischer, en calidad de falsa mandataria y vendedora a los cónyuges Carlos Xavier Campuzano Fischer y María Eugenia Piedrahita Mendoza en calidad de compradores. Aceptada la demanda al trámite del juicio ordinario se citó a los demandados, según consta de fojas 47 a 53. A fojas 69 a 71 consta también la citación al doctor Piero Aicart Vincenzini en su calidad de Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, por pedido posterior de los actores en escrito de fojas 60 a 61, compareciendo a juicio Carlos Xavier Campuzano Fi-

sher y Delia Leonor Campuzano Fischer, contestando la demanda y deduciendo las excepciones que constan de fojas 54 a 55, haciendo lo mismo María Eugenia Piedrahita Mendoza en el escrito de fojas 56 a 57. El Notario comparece mediante el memorial de fojas 74 sin contestar la demanda, produciéndose el efecto procesal de negativa simple a los fundamentos de la demanda según el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, quedando de tal manera trabada la litis. Ante la falta de conciliación, se ha recibido la causa a prueba por el término de diez días dentro del cual se han aportado las que obran de autos, a cuyo vencimiento el Juez de primer nivel ha expedido la sentencia estimatoria recurrida; y (sic) **TERCERO:** Al análisis de lo actuado, la Sala observa: a) De fojas 169 a 224, consta el informe pericial grafológico exhaustivo elaborado por el perito del Departamento de Criminalística del Guayas, Teniente de Policía Carlos Perugachi Betancourt, respecto de las cuatro escrituras de poder incorporadas a la escritura de compraventa de derechos y acciones cuyas nulidades se ha demandado, que según se indica, se basa en el “*sistema scopométrico, el cual señala como condición sine qua non, el estudio de los documentos originales*”, en el que dicho perito llega a la siguiente conclusión: “**5.1 LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 1** (Poder especial que otorga el señor Nelson Alfonso Campuzano Fischer a favor de las señora Delia Leonor Campuzano (1998 Protocolo de Escrituras Públicas Tomo 12 folios 5501 al 6008 Notaría 30), **NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA INDUBITADA ANALIZADA, DEL SEÑOR NELSON ALFONSO CAMPOZANO FISCHER OBRANTE EN LOS CUERPOS DE ESCRITURA ELABORADOS EN EL DCG, ES DECIR, QUE FUERON REALIZADOS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA**”. “**5.2. LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 2** (Poder especial que otorga el señor Roberto Campuzano Fischer a favor de la señora Delia Leonor Campuzano (2000 Protocolo de Escrituras Públicas Tomo 45 Folios 22000 al 224999 Notaría 30) **NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA INDUBITADA ANALIZADA, DEL SEÑOR ROBERTO CAMPOZANO FISCHER OBRANTE EN LOS CUERPOS DE ESCRITURA ELABORADOS EN EL DCG, ES DECIR, QUE FUERON REALIZADOS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA**”. “**5.3. LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 3** Poder especial que otorga el señora (sic) María Isabel Fisher García a favor de la señora Delia Leonor Campuzano (2001 Protocolo de Escrituras Públicas tomo 69 folios 34002 al 34499 Notaría 30), **NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA TESTIGO nro. 5** (tarjeta índice nro. 0901129585, a nombre de María Isabel Fisher García) **ANALIZADA, DE LA SEÑORA MARÍA ISABEL FISCHER GARCÍA, ES DECIR, QUE FUERON REALIZADAS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA**”.

“5.4 LA FIRMA CONSTANTE EN EL DOCUMENTO DUBITADO NRO. 3 (poder especial que otorga el señor Pedro José Campozano Fischer a favor de la señora Delia Leonor Campozano (1999 Protocolo de Escrituras Públicas tomo 52 folios 255005 al 25999 Notaría 30), NO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LA FIRMA TESTIGO NRO. 6 (tarjeta índice nro. 0903363125 a nombre de Pedro José Campozano Fischer) ANALIZADA, DE LA (sic) SR. PEDRO JOSÉ CAMPOZANO FISCHER, ES DECIR, QUE FUERON REALIZADAS POR DISTINTA PERSONALIDAD GRÁFICA”; b) En cuanto a la excepción de prescripción, esta no procede por cuanto desde la fecha de inscripción de la escritura de compraventa hasta las de citación con la demanda a los demandados, no ha transcurrido el plazo de diez años; y, c) Con respecto a las otras excepciones deducidas por los demandados, al no haber sido justificadas en autos, estas han quedado como meros enunciados. Por lo tanto, considerando que la parte actora ha justificado los fundamentos de su demanda, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, confirma la sentencia recurrida. **Dése lectura y notifíquese.**

f) **Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez. Dr. Zoilo Jacinto López R., Juez. Ab. Inés Rizzo Pástor, Jueza Interina.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 24 de noviembre de 2011. Las 15h41.

VISTOS: Agréguese a los autos los escritos presentados por Carlos Xavier y Delia Leonor Campozano Fischer y María Eugenia Piedrahita Mendoza con los cuales dan contestación al traslado corrido en providencia de 07 de octubre del 2011; las 15h00. En escrito de fojas 232-2334 la parte actora solicita se aclare y amplíe la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011; a las 10h27 (fojas 224-227); al efecto se estima que, tratándose de que en una sentencia se aclara lo que es oscuro y se amplía, entre otros casos, cuando no se ha resuelto algún punto controvertido o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La sentencia resolvió lo que fue materia del recurso de apelación con suficiente amplitud, profundización y extensión y además, es suficientemente clara, inteligible, comprensible, transparente y diáfana. Por lo expuesto, no encontrándose la sentencia en mención en los casos previstos en el art. 282 en relación con el 281 del Código de Procedimiento Civil se deniega, por improcedente el pedido de aclaración. **Notifíquese.**

f) **Ab. Inés Rizzo Pástor, Jueza Interina. Abg. Vicente R. Salazar Neira, Conjuez. Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez. (V.S.).**

VOTO SALVADO

Abogado: Jorge Jaramillo Jaramillo.

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 24 de noviembre de 2011; las 15h41.

VISTOS: No me corresponde pronunciarme respecto de la aclaración y ampliación formuladas por la parte actora, por cuanto al momento de la relación y expedición de la sentencia salvé mi voto. **Notifíquese.**

f) **Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez. (V.S.). Dr. Vicente R. Salazar Neira, Conjuez Permanente. Ab. Inés Rizzo Pástor, Jueza Interina.**

FALLO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 11 de julio del 2013. Las 10h15.

VISTOS: (221-2012) 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 escrituras públicas y nulidad de contrato sigue el Ab. Mario Alfredo Aguirre Maura, en calidad de Procurador Judicial de Roberto Antonio Campozano Fischer, Nelson Alfonso Camponzano Fischer y Pedro José Campozano Fischer contra Delia Leonor Campozano Fischer, Carlos Javier Campozano Fischer y María Eugenia Piedrahita Mendoza; la parte actora interpone recurso de casación respecto de la sentencia de mayoría dictada por la Segunda Sala de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 11 de agosto del 2011, a las 10h27, que revoca el fallo del juez de primer nivel, y en su lugar, desecha 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 la Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 7 de enero del 2013; las 09h00, admitió a trámite el recurso de casación. Corresponde 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:** El

casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, errónea interpretación del Art. 32 del Código de Procedimiento Civil y los fallos de triple reiteración publicados en el R.O. No. 39 de 2 de octubre 1998; R.O. No. 335 de 9 de marzo de 1999; R.O. No. 273 de 9 noviembre de 1999; y, R.O. No. 140 de 14 de julio del 2000; por falta de aplicación del Art. 73, 84, 97 y 103 Código de Procedimiento Civil; el Art. 1699 del Código Civil, Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial; el Art. 169 de la Constitución de la República.- 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: 3.1.** Al fundamentar el recurso de casación se expresa por parte del recurrente que los jueces de mayoría, en el considerando segundo de su fallo manifiestan que consta la citación al Dr. Piero Aicart Vicenzini, Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, compareciendo a fs. 74 sin contestar la demanda produciéndose el efecto procesal previsto en el Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, quedando trabada la litis; pero luego en el considerando Cuarto, de la sentencia se manifiesta que no se ha contado en el proceso con todas las partes procesales que deberían concurrir, específicamente el Notario ante quien se celebró la escritura y a quien se le privó del ejercicio del derecho a la defensa y el Registrador de la Propiedad, donde se inscribió la escritura pública, por lo tanto no se ha contado con las personas que debieron concurrir como demandados, rechazando la demanda por no haber integración de la parte pasiva. Que esa Sala de instancia funda su sentencia en fallos de Triple reiteración que manifiestan que es necesario demandar tanto al Notario cuanto al Registrador de la Propiedad; pero, a criterio del recurrente, faltan a la verdad jurisprudencial, pues no existen fallos de triple reiteración que declaren que dentro de una demanda de nulidad de escritura pública sea obligatorio demandar al Registrador de la Propiedad.- Agrega que el fallo citado por el Tribunal ad quem no es de triple reiteración y además, en el presente caso si se ha contado con el Notario, a quien se notificó con la sentencia de primera instancia y no presentó recurso alguno. Expresa finalmente que en la demanda se acusa al Registrador de la Propiedad, porque se limitó a inscribir una escritura, siendo el Notario quien certificó los poderes falsos y lo único que se solicitó es que se inscriba la demanda en ese Registro, conforme el Art. 1000 del Código de Procedimiento Civil.- Por otra parte, también se acusa la falta de aplicación de la norma de derecho contenida en el Art. 73 del Código Procesal Civil, pues el Notario ha sido debidamente citado con la demanda, conforme lo reconoce la propia sentencia recurrida; por lo cual nunca se le privó del derecho a la defensa; además, el Art. 84 ibídem establece que si una parte comparece al proceso manifestando conocer de la demanda, se considerará legalmente citada y en este caso el Notario compareció a fs. 74. Dice el recu-

rente que el Art. 97.3 del Código de Procedimiento Civil determina como uno de los efectos de la citación el obligar al demandado a comparecer a juicio y proponer excepciones, si no lo hace, se produce lo contemplado en el Art. 103 del ibídem. Además señala que el Art. 169 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, disponen que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades y en el presente caso existe prueba pericial en dos informes grafológicos que señalan que los cinco poderes otorgados ante el Notario Trigésimo de Guayaquil son falsos, por tanto se requiere se haga justicia en esta causa y se case la sentencia. **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, dice esa disposición constitucional, 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.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **4.1.** Corresponde analizar lo referente a la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. **4.1.1.** 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 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. 4.1.2. En relación al recurso de casación materia de este análisis, este Tribunal estima importante determinar en qué casos corresponde demandar al Notario ante quien se celebró una escritura pública y en qué otros casos se debe demandar al Registrador de la Propiedad del cantón donde se inscribió la escritura pública que es objeto de la demanda, para de allí establecer si en la causa ha existido la litis consorcio necesaria, es decir, si la demanda se ha propuesto contra todas aquellas personas llamadas a controvertir sobre la cosa, cantidad o hecho exigido en la acción judicial. Para este efecto debemos partir de lo que es materia de la demanda, el asunto que constituye la pretensión del actor, toda vez que este elemento establecerá, a su vez, qué sujetos son quienes deben legítimamente responder en el juicio. En materia de nulidad podemos establecer los siguientes casos: a) Que el asunto materia de la demanda sea la declaratoria de nulidad, absoluta o relativa, de un acto o contrato, de conformidad con las disposiciones de los Arts. 1967, 1968, 1969 y 1700 del Código Civil; en este caso, el legitimado activo depende de qué clase de nulidad ha demandado, si es la absoluta, puede alegarla, según lo dice la ley, cualquier persona que tenga interés en ello, pero no el que haya ejecutado o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, e incluso el ministerio público por interés de la moral o la ley; cuando se trata de nulidad relativa, el legitimado activo para, es la persona en cuyo beneficio se estableciere esta acción o sus herederos o cesionarios; en este tipo de acciones, el sujeto pasivo o demandado, debe ser la persona o personas que han otorgado el acto o intervenido en la celebración del contrato.- b) En caso de que el asunto objeto de la demanda sea la nulidad de instrumento público, concretamente, la escritura pública, que contiene determinado hecho o negocio jurídico, por alguno de los motivos previstos en el Art. 178 del Código de Procedimiento Civil o en los Arts. 44, 45, 46, 47 o 48 de la Ley Notarial; en tales casos, se debe contar como demandados, a más de los sujetos que han intervenido en la celebración del acto o contrato, con el Notario Público que ha legalizado el instrumento, por cuanto el notario deberá responder no solo administrativamente, al ser sujeto de una posible sanción de destitución, sino que pueden existir además, responsabilidades civiles y penales.- c) Finalmente, si la demanda versa sobre la nulidad del acto de inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad, en caso de que aquella se hubiere efectuado con infracción a las normas del Art. 6, letra a) numerales 1), 4 y 5) de la Ley de Registro, en concordancia con el Art. 15 letras a), d) y g) de esa Ley; en

tales casos, en virtud de las responsabilidades que tendría el registrador, le corresponde intervenir en el juicio como legítimo contradictor para ejercer sus derechos. Otro punto que nuestra jurisprudencia ha aclarado es la distinción entre nulidad de contrato y nulidad de escritura pública; en el primer caso estamos frente a la nulidad de acto o contrato en cuanto a la legalidad del negocio jurídico por vicios de fondo relativos a la capacidad, objeto y causa lícitas y a la formalidad instrumental que debe contener; en el segundo caso nos referimos a vicios de forma, en la estructuración del instrumento público que contiene el acto o contrato.- Así la ex Corte Suprema ha señalado: “Diferente es la nulidad del acto o contrato contenido en la escritura pública, que la nulidad de dicho Instrumento reclamada. Doctrinariamente la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener como causales: objeto ilícito, falta de objeto, causa ilícita, falta de causa, falta de voluntad o consentimiento, omisión de solemnidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto o contrato celebrado, e incapacidades especiales para ejecución de ciertos actos o contratos; consiguientemente, son mucho más amplias que las fijadas en la Ley para las nulidades en las escrituras públicas.” (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1587. Quito, 31 de mayo de 2001).- En la especie tenemos que los actores al formular su demanda en realidad plantean dos pretensiones diversas, la primera que se declare la nulidad absoluta por falsedad de los poderes o mandatos que sirven como documentos habilitantes del contrato de compraventa del bien inmueble; y, la segunda, que a la vez se declare la nulidad del referido contrato de compraventa; formulación de la demanda que es procedente al tenor del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que se puede proponer en una misma demanda acciones diversas o alternativas. Al haberse demandado la nulidad de las escrituras públicas de los poderes supuestamente conferidos por Roberto Antonio Campozano Fischer, mediante escritura pública otorgada el 27 de abril del 2000 ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; por Nelson Alfonso Campozano Fischer otorgado el 6 de marzo de 1998 ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; y, por Pedro José Campozano Fischer otorgado el 29 de julio de 1999 ante el mismo Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, todos ellos a favor de Delia Leonor Campozano Fischer; acción judicial que se fundamenta en el Art. 48 de la Ley Notarial, es procedente que se demande al Notario que intervino en la legalización de esas escrituras públicas que contienen los poderes especiales.- En la presente causa se solicitó y se dispuso se cite con la demanda al Dr. Piero Aycart Vincenzini, Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, quien ha comparecido a este juicio, conforme obra del escrito de fs. 74 del cuaderno de primer nivel.- En el considerando Cuarto de la sentencia objeto del recurso de casación, el Tribunal ad quem, luego de analizar el tema de la falta de legitimación en causa, expresa lo siguiente: “...Más, en la especie revisado los autos se establece que el Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil que inscribió el instrumento público controvertido no forma parte de la relación sustancial

necesaria, provocándose el vicio de “falta de legitimatio ad causam” porque los demandantes no dirigen sus pretensiones contra aquel ni tampoco se lo ha citado para que intervenga en el proceso, ya que la notificación de fs. 63 para que inscriba la demanda no produce el efecto de convertirlo en parte procesal...”. Como se analizó anteriormente, no fue materia de la demanda la nulidad del acto de inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de compraventa, por tanto, no era necesario contar como parte procesal con el Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil, ya que no intervino en el otorgamiento de las escrituras públicas de los poderes, una cosa es que el funcionario público intervenga en la suscripción de la escritura pública y otra muy distinta es la inscripción en el Registro de la Propiedad de esa escritura. La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia lo que ha manifestado es que cuando se demanda nulidad de escritura, se deberá necesariamente demandar al Notario que ha intervenido en su celebración, pero no ha expresado que también se deberá contar con el Registrador de la Propiedad que inscribe esa escritura, pues no se está cuestionando el acto de inscripción como tal; en ese sentido tenemos el siguiente pronunciamiento: “**QUINTO:** En relación con la acusación de falta de legítimo contradictor por no haberse contado en el proceso con el Notario Décimo Sexto del cantón Quito que autorizó los contratos y escrituras cuya nulidad se demanda, se observa: 1) Como se señaló en el considerando anterior, para que el juzgador esté en posibilidad de dictar sentencia de mérito es obligatoria la concurrencia al proceso de todas las personas interesadas en la relación jurídica material o sustancial que mediante la demanda se pretende declarar, modificar o extinguir; esta exigencia se debe a que todas ellas pueden resultar afectadas con la resolución de fondo. De existir falta de legitimación en la causa el juzgador no puede dictar sentencia de mérito. 2) El artículo 44 de la Ley Notarial vigente dispone: “Art. 44. La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.”. Es precisamente en estas dos normas legales en las que los actores fundan su demanda, entre otras. 3) En la especie, no dirigen la demanda contra el referido Notario Público, razón por la cual éste no ha sido citado ni ha comparecido en juicio, existiendo un evidente caso de falta de litis consorcio necesario. Ha sido criterio reiterado de este Tribunal que al demandar la declaratoria de nulidad de una escritura pública, debe necesariamente contarse también con el Notario que autorizó la escritura impugnada, ya que de aceptarse la demanda, ello traería consecuencias civiles, administrativas y aún penales para dicho Notario. En efecto, cuando se impugna la validez de una escritura pública, la sentencia que se pronuncie va a surtir efectos respecto del Notario que ha intervenido en ella porque contendrá un juicio de valor de su actuación, ya que una declaratoria de nulidad de dicho instrumento público trae consecuencias no solamente para quienes intervinieron como otorgantes, sino también para el funcionario público que lo autorizó, tal como lo previene el Capítulo IV (“De las nulidades y sanciones”) de la Ley Notarial. Este es otro caso típico de litis

consorcio necesario en la parte demandada, pues corresponde siempre dirigir la demanda en contra de todos quienes debían controvertirla, entre los que se cuenta el Notario Público que autorizó la escritura pública impugnada; criterio éste que ha sido varias veces sostenido por esta Sala, como puede verse en las resoluciones No. 375-2003, publicada en el R.O. 362 de 23 de junio de 2004 y 158-2001, publicada en el R.O. 353 de 22 de junio del 2001.” En este sentido tenemos también los pronunciamientos que se encuentran publicados en la Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 12. Pág. 3572, en la Gaceta Judicial. Año XC. Serie XV. No. 7. Pág. 2047; y, en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4185.- Por lo expresado, se encuentra que efectivamente la Sala de instancia en su fallo de mayoría incurre en un error de aplicación de las normas y precedentes que determinan la legitimación en la causa, por lo que, al amparo de lo previsto en el Art. 16 de la Ley de Casación procede casar la sentencia y en sustitución de aquella, dictar la sentencia de mérito que corresponda.- **QUINTO. 5.1.** Como ya se expresó en el considerando Primero de esta sentencia, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa. **5.2.** No se han omitido ni violentado solemnidades sustanciales en la tramitación del presente proceso, y por tanto se lo declara como válido.- En este punto se debe aclarar que la falta de notificación a los demandados Delia Leonor y Carlos Xavier Campozano Fischer, con los decretos de 26 de octubre del 2007 a las 09h30, de 26 de noviembre de 2007 a las 16h15; y, de 7 de febrero del 2008, a las 10h05, consta del proceso que esa omisión ha sido subsanada por el Juez de instancia en auto de 5 de marzo del 2008 a las 16h16. **5.3.** A fojas 39 a 42 del proceso (primera instancia) comparece el Ab. Mario Alfredo Aguirre Maura, en calidad de Procurador Judicial de Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer manifestando que los comparecientes en conjunto con sus hermanos Delia Leonor y Carlos Xavier Campozano Fischer mediante escritura pública celebrada ante el Notario Thelmo Torres Crespo el 29 de septiembre de 1967 adquirieron en estado de soltería un bien inmueble identificado como solar No. 10 de la Manzana 96, ubicado en la calle V. Emilio Estada de la ciudadela Urdesa Central de la parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil, cuyos linderos y dimensiones dejan señalados en esa demanda.- Que mediante escritura pública otorgada ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el 22 de marzo del 2002, se efectuó la venta de derechos de copropiedad y acciones hereditarias, a la que supuestamente comparecen Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como su madre, Isabel Fischer García, todos ellos a través de su mandataria, Delia Leonor Campozano Fischer, para dar en venta el inmueble antes referido, manifestando que los poderes que aparecen como habilitantes para la suscripción de la escritura de compraventa, son nulos pues no han sido autores intelectuales ni materiales de esos instrumentos. Con tales antecedentes, con fundamento en los Arts. 1697, 1698 del Código Civil; 169, numeral 5, 180 y 197 del Código de Procedimiento Civil; y,

el Art. 48 de la Ley Notarial demanda a Delia Leonor Campozano Fischer, Carlos Xavier Campozano Fischer y María Eugenia Piedrahita Mendoza, estos últimos en calidad de compradores, para que en sentencia se declare la nulidad absoluta de las escrituras de los poderes de mandato, y por tanto, a la vez, de la escritura de compraventa.- También se solicitó y ordenó citar al Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, Dr. Pedro G. Aicart Vicenzini. Citados los demandados, a fojas 54 y 55 del cuaderno de primer nivel, comparecen Carlos Xavier Campozano Fischer y Delia Leonor Campozano Fischer y contestando la demanda proponen las siguientes excepciones: 1) Inexistencia de los hechos afirmados por los accionantes dentro de la demanda de nulidad de escritura. 2) Improcedencia de la demanda por incumplir con los requisitos señalados en los Arts. 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil. 3) Falsedad en el contenido de la demanda de nulidad de escritura pública. 4) Ilegitimidad de personería del actor. 5) Prescripción de la acción, por haber transcurrido más de 10 años desde la suscripción de la escritura de compraventa. 6) Impugnan los tres poderes de Procuración Judicial adjuntados a la demanda de nulidad de escritura pública. 7) Falta de derecho del actor. 8) Autenticidad de la escritura pública de compraventa.- A fs. 56 y 57, comparece la demandada María Eugenia Piedrahita Mendoza, proponiendo las siguientes excepciones: 1) Inexistencia de los hechos alegados por el accionante dentro de la presente demandada. 2) Rechaza los argumentos de hecho y de derecho expuesto en la demanda. 3) Falsedad del contenido de la demanda y existencia de temeridad y malicia en la misma. 4) Alega impugnación de los tres poderes de procuración judicial.- Finalmente a fojas 74 comparece el Dr. Piero Aycard Vincenzini, Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, sin proponer excepciones, por los que se estará a lo dispuesto en el Art. 103 del Código de Procedimiento Civil. **5.4.** 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 de la actora: 1.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable; 2. Que se tenga como prueba a su favor la declaratoria de confesos de Delia Leonor Campozano Fischer Delia Leonor Campozano Fischer (**sic**); 3. Se señale día y hora para que declaren los testigos nominados en el acápite tercero del escrito de prueba de fs. 110 de primera instancia, al tenor del interrogatorio que se indica en dicho acápite; 4. Que se nombre perito del departamento de criminalística de la Policía Judicial del Guayas para que realice el cotejo de la firma y rúbrica del poder especial supuestamente suscrito por Roberto Antonio Campozano Fischer a favor de Delia Leonor Campozano Fischer celebrada el 27 de abril del 2000 ante la Notaria Trigésima del cantón Guayaquil, igualmente del po-

der especial otorgado por Nelson Alfonso Camposano Fischer el 6 de marzo de 1998 ante la misma Notaria Trigésima del cantón Guayaquil; del poder supuestamente conferido por Pedro José Campozano Fischer de 29 de julio de 1999 ante la Notaría Vigésimo (**sic**) del cantón Guayaquil; y, de la escritura del poder de María Isabel Fischer García, de 12 de junio del 2001 ante el mismo Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; 5. Que nombre perito para que reconozca y transcriba la conversación telefónica mantenida entre Nelson Alfonso Campozano Fischer y los demandados Delia Leonor Campozano Fischer y Carlos Xavier Campozano Fischer. 6. Que se señale día y hora para que se recepcen las declaraciones de los testigos que nomina en el acápite octavo del escrito de fs. 113 de primera instancia, al tenor del interrogatorio que se expresa en ese acápite.- 7.- Que se designe perito del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Guayas para que realice el cotejo de la firma y rúbrica puesta en la escritura de ratificación de venta supuestamente suscrita por Rosa Elisa Noboa Montalvo, ex cónyuge de Nelson Alfonso Campozano Fischer, celebrada el 30 de septiembre del 2005 ante la **Notaria Trigésima del cantón Guayaquil; 8.** Que se agregue al proceso y se tenga como prueba de su parte la confesión judicial No. 77-2008 rendida por Rosa Eloisa Noboa Montalvo ante el Juez 21 de lo Civil de Samborondón. Por la parte demandada: 1. Que impugna la supuesta prueba instrumental que presente o llegare a presentar la parte actora; 2. Tacha los testigos presentados o que llegare a presentar el accionante por desconocer de los hechos y ser parcializados; 3. Que se repregunte a los testigos presentados por la parte actora conforme al cuestionario que consta en el numeral quinto del escrito de prueba de fs. 114 a 116; del numeral tercero del escrito de fs. 135 y 136 vta.; y, en el numeral 2 del escrito de prueba de fs. 137 y 138 vta. 4. Que se tenga como prueba a su favor todo cuanto de autos les fuere favorable. En segunda instancia, se han actuado las siguientes pruebas: Por la parte actora: 1.- Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte lo expresado en el ordinal primero del escrito de fs. 11 de esa instancia; 2. Que se realice una inspección judicial al bien inmueble motivo de la escritura de compraventa cuya nulidad se demanda; 3. Se nombre perito del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Guayas para que se realice una pericia de la firma y rúbrica de los poderes otorgados por Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como su madre, Isabel Fischer García a favor de Delia Leonor Campozano Fischer que obran de autos.- Por la parte demandada María Eugenia Piedrahita Mendoza: 1. Que se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable; 2. Que se señale día y hora para que se realice una confesión judicial a los accionantes Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer; 3. Se oficie al Jefe Provincial de Migración del Guayas a fin de que certifique conforme se solicita en numeral 3 del escrito de fs. 15 de segunda instancia. Por los demandados Delia Leonor Campozano Fischer y Carlos Xavier Campozano Fischer: 1. Que se reproduzca y se tenga

como prueba de su parte el testimonio de la escritura pública de poder especial que otorgan los cónyuges Pedro José Campozano Fischer y María Auxiliadora Mora Rodrigo de Campozano a favor de Carlos Xavier Campozano Fischer y el testimonio de la escritura pública de poder especial que otorga Pedro José Campozano Fischer a favor del mismo antes nombrado; 2. Se disponga que a través del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Guayas, se realice una pericia caligráfica de las firmas que han sido estampadas en los poderes nominados en el numeral anterior; así como también se realice una nueva pericia caligráfica a los poderes impugnados en la demanda; 3.- Se oficie al Director de la Oficina de Citaciones y Sorteos de la Corte Provincial de Guayas a fin de que remita copia certificada del Boletín de Notificaciones de 29 de octubre del 2007 a las 11h24 en la que se notifica la providencia del Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil de fecha 26 de octubre del 2007 a las 09h52; del Boletín de Notificaciones del 28 de noviembre del 2008 a las 14h46 en la que se notifica a las partes la providencia del mismo Juez de 26 de noviembre del 2007 a las 16h15; y, del Boletín de Notificaciones de 8 de febrero del 2008 a las 14h46 que notifica la providencia de ese Juez de 7 de febrero del 2008 a las 10h11. **5.5.** Como se indicó anteriormente, la demanda versa sobre dos acciones de nulidad de las escrituras públicas que contienen los poderes especiales supuestamente conferidos por Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como su madre, Isabel Fischer García, designando su mandataria a Delia Leonor Campozano Fischer; y la nulidad del contrato de compraventa de derechos de copropiedad y acciones hereditarias sobre un inmueble identificado como solar No. 10 de la Manzana 96, ubicado en la calle V. Emilio Estada (**sic**) de la ciudadela Urdesa Central de la parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil, otorgado mediante escritura pública celebrada ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el 22 de marzo del 2002.- **5.6.** Sobre el primer tema, la nulidad de las escrituras públicas de los poderes especiales, la acción se refiere al incumplimiento de las formalidades que deben estar reunidas al otorgamiento del instrumento público ante el funcionario legalmente acreditado para dar fe del mismo que es un notario público, tal nulidad entonces se refiere al documento que contiene un determinado acto o contrato. El tema de la nulidad de escrituras públicas por defectos de forma, está regulado en el Capítulo IV de la Ley Notarial; en tal sentido, el Art. 48 de la referida Ley establece: *“Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres. La formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, expresadas en el inciso anterior, queda-*

rá cumplida siempre que ellos se agreguen originales al registro del notario, o que se inserten en el texto de la escritura. Respecto de las escrituras otorgadas antes del 24 de diciembre de 1895, podrá subsanarse la omisión protocolizándose dichos documentos o procuraciones.” En la especie, se ha demostrado que las firmas constantes en los poderes otorgados por Roberto Antonio Campozano Fischer, mediante escritura pública otorgada el 27 de abril del 2000 ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; por Nelson Alfonso Campozano Fischer otorgado el 6 de marzo de 1998 ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; y, por Pedro José Campozano Fischer otorgado el 29 de julio de 1999 ante el mismo Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, y el poder especial otorgado por María Isabel Fischer García en la Notaria Trigésima del cantón Guayaquil el 12 de julio del 2001, todos ellos a favor de Delia Leonor Campozano Fischer, por cuanto, acorde al informe pericial documentológico No. 30900036 suscrito por el perito del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Guayas, que obra de fs. 170 a 241 del cuaderno de primer nivel, se puede establecer que las firmas de los poderdantes Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como de María Isabel Fischer García no guardan identidad caligráfica y morfológica con las de los supuestos otorgantes y han sido realizadas por distinta personalidad gráfica, según se desprende de las conclusiones de ese informe.- Igual conclusión se establece en el informe pericial grafológico realizado por otra perito, que obra de fs. 112 a 152 de segunda instancia, con excepción del poder especial de María Isabel Fischer García, sobre el que la perito afirma no tener la suficiente documentación indubitada para realizar el cotejo de firmas; por tanto existen dos peritajes grafotécnicos concordantes en sus conclusiones. La prueba pericial lleva a este Tribunal al pleno convencimiento de que las firmas y rúbricas constantes en los referidos poderes no fueron realizadas por quienes se dice han comparecido a su otorgamiento, incurriendo en la causal de nulidad contemplada en el Art. 48 de la Ley Notarial que establece como uno de los requisitos básicos de forma para la validez de las escrituras públicas que conste la firma o firmas de las partes que intervienen en su otorgamiento; esto en concordancia con lo previsto en el Art. 178 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que es instrumento falso el que contiene alguna superposición fraudulenta en perjuicio de un tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone la otorgaron, como precisamente ocurre en este caso. En cuanto a la prueba testimonial (fs. 163 vta. a 165) esta aporta la comprobación de un hecho, que Roberto Antonio Campozano Fischer, el día 27 de abril del 2000 estuvo en la ciudad de Cuenca, por lo que no pudo haber estado también en la ciudad de Guayaquil para suscribir el poder conferido ese día a su hermana Delia Leonor Campozano Fischer; en todo caso tal prueba es parcial y por sí sola no sería suficiente para establecer la nulidad de las escrituras públicas, sino que en este caso corrobora en parte la conclusión anterior sobre los análisis periciales.- Las

declaraciones de confesos de los demandados Delia Leonor Campozano Fischer y Carlos Xavier Campozano Fischer, carecen de valor probatorio para este Tribunal, ya que se ha ordenado practicar este (sic) prueba de manera prematura, pues si bien el Art. 126 del Código de Procedimiento Civil dispone que la confesión puede solicitarse como diligencia preparatoria o en primera o segunda instancia antes de vencerse el término para dictar sentencia, no cabe solicitar y ordenar confesión judicial cuando aún el proceso se hallaba en la etapa de citar a todos los demandados, es decir, cuando aun no se había trabado la litis, como ocurre en este caso, al estar pendiente la citación al Notario Trigésimo del cantón Guayaquil. Además, conforme al Art. 131 del Código Procesal Civil, en caso de haber sido declarada confesa la persona, quedará a libre criterio del juez dar a esa confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto. En tanto que las confesiones judiciales rendidas por los actores de fs. 73 a 91 de segunda instancia, se refieren a otros documentos y poderes distintos a los que son objeto de la demanda de nulidad de escrituras, tanto por su objeto (hipotecar el bien, pagos de dinero, etc.) cuanto al mandatario, que es Carlos Xavier Campozano Fischer, persona distinta de Delia Leonor Campozano Fischer; por tanto, esta prueba no desvirtúa en absoluto la falsedad de los instrumentos materia de la acción. Se han practicado otras diligencias probatorias como la inspección judicial, Certificados de Movimiento Migratorio, que no son pertinentes al objeto de la litis, ya que en nada abonan criterios para determinar la validez o nulidad de las escrituras y contrato de compraventa. 5.7. Corresponde analizar la segunda de las acciones planteadas que es la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura otorgada ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el 22 de marzo del 2002, mediante la cual Delia Leonor Campozano Fischer, por sus propios derechos y en calidad de apoderada de Nelson Alfonso, Roberto Antonio, Pedro José Campozano Fischer y de María Isabel Fischer García, da en venta a favor de Carlos Xavier Campozano Fischer derechos de copropiedad y acciones hereditarias, respecto del lote de terreno No. 10 de la Manzana 96, ubicado en la calle Víctor Emilio Estrada de la ciudadela Urdesa, parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil, cuya superficie, linderos y dimensiones constan detallados en esa escritura.- El Art. 1461 del Código Civil dispone: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración de voluntad, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”. De la norma antes transcrita podemos deducir que el consentimiento es el elemento básico sustancial para la formación de un contrato bilateral, pues constituye la expresión de la voluntad de quienes han acordado realizar determinado negocio jurídico, por tanto, simplemente sin consentimiento no hay convención. Esta expresión de la voluntad, en el caso de las personas legal-

mente capaces, puede realizarse directamente o a través de mandatario. La ley exige claramente la existencia del consentimiento y que además éste se encuentre libre de vicios (error, fuerza y dolo); por lo tanto es necesario distinguir dos situaciones distintas: la primera que es la falta o ausencia total de ese consentimiento; y, la segunda, que existiendo tal consentimiento, se halle viciado por error, fuerza o dolo. El autor Arturo Alesandri Rodríguez, sobre el tema nos indica: “*DIFERENCIAS ENTRE CONSENTIMIENTO VICIADO Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO. No debe confundirse el consentimiento viciado con la ausencia total del consentimiento. El consentimiento que adolece de vicios, aunque otorgado en condiciones irregulares, es siempre consentimiento: quien consiente por error, fuerza o dolo consiente, puesto que ha manifestado su voluntad, ha expresado querer algo. La ausencia de consentimiento supone en cambio, que éste no existe: el sujeto no ha expresado voluntad alguna, ni uno ni en otro sentido, sea porque carecía de ella al tiempo del contrato por hallarse en completo estado de ebriedad en términos de no darse cuenta de sus actos, en estado de sonambulismo, hipnotizado o privado totalmente de la razón por cualquier causa (un golpe, una fiebre muy elevada, sea porque no manifestó o manifestó una contraria, como si en un remate o en una votación se interpreta como consentimiento un signo o un gesto que su autor ejecutó involuntariamente o con otra intención. En estos casos, no hay propiamente contrato, y si de hecho se tuviere por celebrado, sería nulo de nulidad absoluta, puesto que carecería de un requisito exigido en consideración a su naturaleza: el consentimiento de una de las partes.*” (De Los Contratos, Editorial Temis S.A. Santiago, pág. 161 y 162). Respecto de las nulidades el Art. 1698 del Código Civil establece (sic) que la nulidad producida por objeto o causa ilícita y por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas; en tanto que el Art. 1699 dispone que la absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato y por todo el que tenga interés en ello, excepto el que haya ejecutado o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba y no puede sanearse ni por la ratificación de las partes ni por un lapso que no pase de quince años. En el presente caso, como quedó analizado, los poderes supuestamente conferidos por los copropietarios Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer, así como de María Isabel Fischer García para la venta del inmueble son falsos, y se trató a través de estos instrumentos simular el consentimiento de esas personas, expresión de voluntad que en realidad no existe; consecuentemente, también es nula, de nulidad absoluta, la escritura pública de compraventa de derechos y acciones motivo de la demanda, ya que no existe uno de los elementos básicos para la formación del acuerdo, en razón de la naturaleza del contrato, como lo es el consentimiento, conforme se analiza en líneas anteriores. En cuanto a las excepciones de los demandados, no se ha

demostrado que las procuraciones judiciales conferidas por Roberto Antonio, Nelson Alfonso y Pedro José Campozano Fischer al Ab. Mario Alfredo Aguirre Maura (fs. 3 a 11 de primera instancia), sean nulas y que esta persona carezca de representación y capacidad legal para comparecer a juicio a nombre de sus poderdantes, por lo que se desecha la excepción de ilegitimidad de personería. Sobre la excepción de prescripción de la acción, tenemos que la escritura de compraventa de derechos y acciones del bien inmueble fue celebrada el 22 de marzo del 2002, en tanto que la citación con la demanda a los demandados, considerando la última boleta de citación practicada al Notario Trigésimo del cantón Guayaquil Dr. Piero Aycard Vicenzini, se efectuó el 8 de febrero del 2008, no ha transcurrido el plazo de diez años contemplado en el Art. 2415 del Código Civil; y que, fundamentalmente, al tratarse de la nulidad absoluta, el Art. 1699 del mismo Código, en su parte final expresa que esa nulidad no puede sanearse ni por la ratificación de las partes ni por un lapso que no pase de quince años; por tanto, igualmente se desecha esta excepción. Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal que integra 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 de mayoría dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 11 de agosto del 2011, a las 10h27. En consecuencia, dicta sentencia de mérito declarando la falsedad de los poderes supuestamente conferidos por Roberto Antonio Campozano Fischer a favor de Delia Leonor Campozano Fischer mediante escritura pública celebrada el 27 de abril del 2000 ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; por Nelson Alfonso Camposano Fischer a Delia Leonor Campozano Fischer otorgado el 6 de marzo de 1998 ante la misma Notaria Trigésima del cantón Guayaquil; por Pedro José Campozano Fischer a favor de Delia Leonor Campozano Fischer otorgado el 29 de julio de 1999 ante la Notaria Vigésima del cantón Guayaquil; y, finalmente por María Isabel Fischer García a favor de Delia Leonor Campozano Fischer otorgado el 12 de junio del 2001 ante el mismo Notario Trigésimo del cantón Guayaquil; por tanto, se dispone que el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil margine copia de esta sentencia al margen del protocolo en que consten esos instrumentos. Se declara la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura otorgada ante el Notario Trigésimo del cantón Guayaquil el 22 de marzo del 2002, mediante la cual Delia Leonor Campozano Fischer, por sus propios derechos y en calidad de apoderada de Nelson Alfonso, Roberto Antonio, Pedro José Campozano Fischer y de María Isabel Fischer García, da en venta a favor de Carlos Xavier Campozano Fischer derechos de copropiedad y acciones hereditarias, respecto del lote de terreno n.º 10 de la Manzana 96, ubicado en la calle Víctor Emilio Estrada de la ciudadela Urdesa, parroquia Tarqui de la ciudad de Guaya-

quil. Escritura, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil el 19 de octubre del 2005, Tomo 59/2005, folios 29, 145 a 29146, (sic) con el No. 12,952, Repertorio 26,324.- Se ordena marginar copia de esta sentencia en la matriz de esa escritura pública en el protocolo a cargo del Notario Trigésimo del cantón Guayaquil, así como cancélese su inscripción en el Registro de la Propiedad. En aplicación de lo dispuesto en el Art. 180, inciso final, del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Art. 215 ibídem, se dispone se remita copias certificadas de la presente causa a la Fiscalía Distrital de Guayas, para los efectos previstos en las normas legales citadas. Con costas a cargo de los demandados. Sin honorarios. **Devuélvase** al recurrente el valor consignado como caución.

f) **Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.**



VII

Juicio: 1255-2011

Resolución nro. 229-2013

Juicio verbal sumario por pago de indemnización propuesto por Gloria Beatriz Calva Calva contra Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador.

SÍNTESIS:

La recurrente contrató un seguro contra accidentes para su vehículo con la empresa Bolívar Compañía de Seguros, ocurrido el siniestro, se reclamó el pago del monto asegurado, pago que fue negado por la Compañía aseguradora y más bien, se le notificó con el finiquito unilateral de la relación contractual o seguro de vehículo; ello pese a que la asegurada canceló por medio de cheques el valor de la prima. En primera instancia se ordena el pago del valor asegurado. En la apelación se declara sin lugar la demanda propuesta. Para resolver, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia estima que son los elementos esenciales del contrato de seguro descritos en el art. 2 del Decreto Supremo 1147 los que de conformidad con la normativa del Código Civil deben ser tutelados por la administración de justicia; que no se encuentra violación legal en los textos del contrato de adhesión suscrito por la recurrente. Por estas y otras consideraciones más, casa el fallo recurrido y ordena el pago de la indemnización por parte de la empresa aseguradora al hallarse cumplidos los supuestos contenidos en el contrato de seguro contra accidentes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO QUINTO DE LO CIVIL DEL AZUAY. 679-2009. Cuenca, 30 de junio del 2011. Las 17h10.

VISTOS: Avoco conocimiento en calidad de Juez Temporal, legalmente autorizado. El señor abogado Franklin Ramiro Torres Gavilanes, en su calidad de Procurador Judicial de la señora Gloria Beatriz Calva Calva, concurre hasta esta Dependencia Judicial; y acreditando su personería jurídica, determina relación bilateral con la Compañía Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A., puntualizando que se ha sabido asegurar el vehículo que lo deja singularizado para fines de ley. Determina vigencia contractual desde las dieciséis horas del día primero de noviembre del año dos mil ocho, hasta las dieciséis horas del día primero de noviembre del año dos mil nueve. En un segundo momento, trae a consideración que en fecha quince de diciembre del año dos mil ocho, bajo las circunstancias anotadas, se ha suscitado el siniestro mentado del vehículo que lo estima asegurado; y en lo particular deja sentado que, se ha sabido informar a la compañía aseguradora, en forma oportuna. Que, la Compañía accionada, realizada la diligencia de inspección, no ha sabido indemnizar, **(sic)** argumentándose cancelación por falta de pago. Sobre el particular determina que, no ha sido notificado por la firma aseguradora en el sentido invocado; que, el pago de la póliza de seguro se encuentra puntualmente pactado; y que el vehículo tenía cobertura desde el día primero de noviembre del año dos mil ocho; claro está, en los términos de protección en contra de siniestros. Ya en la concreción determina que, el evento que causó el siniestro, no está excluido en póliza; y, con fundamentos jurídicos determinados en el libelo inicial, reclama el pago de la indemnización del siniestro, intereses; y costas procesales. Solicita citar a la parte requerida para fines de Ley; y es en esta razón y, concretado el legítimo derecho a la defensa que, en la diligencia de audiencia de conciliación fojas 39 del expediente, la parte requerida se opone a la acción en los siguientes términos: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, 2. Falta de personería activa por incumplimiento de los requisitos legales establecidos en el artículo 67 numeral 2. del C. de P. Civil y por cuanto la mandante responde a los nombres de Gloria Beatriz Calva y no como se señala en el libelo de la demanda adicionalmente falta de personería pasiva. 3. Incumplimiento de las solemnidades legales para proceder con la citación legal de su representada. 4. Nulidad e inexistencia entre Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A. y Gloria Beatriz Calva del contrato de seguro de vehículos, póliza nro. 201662, por falta de pago de prima que es un elemento esencial y solemne del contrato de seguros conforme lo establece el artículo 9 literales f y g de las condiciones generales de la póliza que habla de las bases del contrato y que fueron aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros con resolución nro. SB-INS-2000-142 del 24 de mayo de 2000, nulidad que se encuentra también determinada y estipulada de manera clara y precisa en las condiciones

particulares de la póliza 201662 en la hoja 3 cláusula de anulación automática, cláusula pago de prima de la cuota inicial, cláusula de pago de prima numeral 1. sub numeral 1.1. y numeral 2 esto en relación a la forma de pago que consta detallada en la carátula de la póliza y en concordancia con las disposiciones del Decreto Supremo 1147 artículo 1, artículo 2 numeral 6 e inciso final del C. de Comercio 4. Sin que signifique aceptación del reclamo la actora ha incumplido las disposiciones del artículo 12 de las condiciones generales de la póliza en concordancia con las disposiciones del artículo 22 del Decreto Supremo 1147 del C. de Comercio y artículos 42 de la Ley General de Seguros. Trabada en esta forma litis; **(sic)** sin transacción por determinar, en la junta efectuada para el particular, corresponde resolver, a cuyo efecto se considera: **PRIMERO:** Que el procedimiento es válido por cuanto no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que deba ser declarada. **SEGUNDO:** Conforme lo dispuesto en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte procesal, está obligada a probar los hechos que alega. Conforme normativa del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al suscrito Juez, expresar la valoración de todas las pruebas producidas en la causa. Finalmente este fallo, debe estar motivado, al tenor del artículo 76, numeral 7, literal de la Constitución de la República del Ecuador. **TERCERO:** Se conoce con el nombre de SEGURO EN LO GENERAL a todo aquel contrato que se establece entre dos partes y que tiene como objetivo justamente asegurar determinado bien o elemento, hasta la vida de la misma persona. El seguro establece que la parte que cumple el rol de aseguradora deberá cumplir otorgando un determinado tipo de servicio de seguro mientras que la parte que sea asegurada deberá pagar por el mismo cierto monto de dinero o paga que será establecido entre ambas partes de acuerdo a sus intereses y posibilidades. En el segundo entorno, el artículo 1453 y siguientes del Código Civil, determina el contexto de las obligaciones en el Estado ecuatoriano; y es así que de la documentación adjunta a la acción, ha quedado determinado el particular. **HASTA AQUÍ, ENCONTRAMOS EL PRIMER ACERCAMIENTO A LA VERDAD: EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE SEGURO; ACEPTADO Y SUSCRITO EN FORMA BILATERAL QUE GENERA OBLIGACIONES. CUARTO:** Se considera luego del estudio integral de la causa que, **LAS FECHAS JUEGAN UN PAPEL PREPONDERANTE PARA RESOLUCIÓN;** **(sic)** y es que bajo esta premisa corresponde resolver: fojas 3 y siguiente de los autos, determinamos la póliza de seguros de automóviles, con fecha SEIS DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO; se toma la fecha base; muy a pesar de la alegación de la parte actora en relación al pago del anticipo. Fojas 8 del procedimiento, se tiene la concesión crediticia para el cumplimiento de la cobertura que, se extiende hasta el día DIECISÉIS DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL NUEVE. Sobre el particular habrá que indicarlo expresamente que, el financiamiento es uno; y la expedición del seguro es otro. Así el seguro se lo tiene por extendido; y si

eventualmente el financiamiento no se perfeccionó, debía ejecutarse su cumplimiento “económico”; pero no es aceptable, el finiquito unilateral de la cobertura. Quizás, lo más importante en destacar, LA OPORTUNIDAD EN EL PAGO, EN RELACIÓN A LA COBERTURA “hasta la fecha del siniestro”; muy a pesar de la puntualización que antecede: fojas 24; se tiene constancia del pago de la cuota primera; es decir, incurSIONAMOS conforme fojas 8, hasta el día QUINCE DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO, A LAS VEINTE Y CUATRO HORAS “puntual precisión que determina en el procedimiento”. **CUARTO:** Se corta el desarrollo de la resolución; y se deja constancia del particular, porque tiene una razón de ser. Así de lo expuesto, quedan establecidos NUEVOS ELEMENTOS DE VERDAD Y RESOLUCIÓN: contratación, bilateralidad en obligaciones, financiamiento, oportunidad en el pago; y vigencia integral del seguro en contra de siniestros; para incurSIONAR en una consideración particular; pero de enorme importancia en este momento resolutorio; y es así que, la Empresa Aseguradora, está controlada por la Superintendencia de Bancos; y esta regula el entorno financiero; dentro de lo cual el suscrito Juez Temporal determina que, la Ley de Instituciones del Sistema Financiero vializa la utilización del documento cheque; y en lo puntual de la conclusión, el artículo 24 de la Ley de Cheques, es concreta al indicar que, el cheque es pagadero a la vista. Cualquier estipulación contraria, se reputa no escrita. Así se considera en conclusión, sana crítica, buena fe; y respetuosamente que, si la Institución aseguradora, emitió la póliza del Seguro; y el cliente, los cheques EN RECEPCIÓN DE LA FIRMA HOY REQUERIDA, esta PERFECCIONÓ EL COBRO “HASTA LA PRIMERA CUOTA”; y por la firma del seguro total, LA COBERTURA ES INTERAL; (**sic**) claro está, así no se haya efectivizado –los cheques–; puesto que, ya no era requisito, al determinarse que, el cheque era simplemente pagadero a la vista; y en consecuencia, correspondía imputar valores, hasta el QUINCE DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO; A LAS VEINTE Y CUATRO HORAS. **QUINTO:** Con la coincidencia en fechas, determinadas al final de las dos cláusulas que anteceden tenemos que incurSIONAR en la fecha del siniestro: QUINCE DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO; es decir, dentro de la cobertura extendida; y con protección jurídica para fines que correspondan. **SEXTO:** A fojas 22 se determina con fecha DIECIOCHO DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO, el “FINIQUITO UNILATERAL DE RELACIÓN CONTRACTUAL O SEGURO DE VEHÍCULO”; lo cual del análisis que antecede, conlleva a una sola precisión, con sana crítica, buena fe; y respetuosamente: En los días en que más se requería el apoyo de la Institución aseguradora, cuando correspondía honrar al cliente; unilateralmente se dan por finiquitadas relaciones; acto que, se considera alejado a toda norma Constitucional y Legal. **SÉPTIMO:** La parte accionante, ha determinado conforme se ha relacionado, la procedencia de su reclamación en lo general; y de fojas 92 en adelante; ya en

lo particular, se ha concretado el monto de la reposición; valores éstos que han sido cubiertos por la parte actora; y en este momento corresponderá ordenar reposición, consagrando un legal derecho que ha sido traído en reclamo, hasta la justicia ordinaria. Tal reposición se deja expresa constancia, será integral y/o de todo rubro; puesto que sobre dichos valores, no existe oposición o imputación alguna que se deba conceptualizar. **OCTAVO:** No existe demostración alguna de que, la cobertura del Seguro, limite el pago de alguna manera o por condición contractual en particular, por lo que la declaratoria será integral. **NOVENO:** Sin consideración deducibles; sino que más bien se liquidaron rubros integrales; por cuanto la obligación reclamada, se encuentra ante la justicia ordinaria; y se debe considerar EL FALLO EN JUSTICIA; y al amparo del artículo 1 de la Constitución del Estado ecuatoriano; en relación con el artículo 1453 y siguientes del Código Civil. **DÉCIMO:** Se considera que la fundamentación efectuada, es acorde a la normativa constitucional del artículo 76.7.1 de la Norma Suprema; y que, los argumentos de la parte accionada, no pueden ser valorados, frente a una cristalina demostración de hechos verdaderos y justos que, no pueden tener otro cobijamiento que en la consagración de un derecho. En puntualización, todo el respeto al aporte probatorio de la parte accionada; sin embargo este, no es acogido puesto que no podría contrariar lo que se ha determinado en autos para dictar sentencia. Por lo expuesto, el Juzgado Décimo Quinto de lo Civil del cantón Cuenca, **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 que, la Compañía Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A., está obligada a la reposición de valores cuyo detalle obra de fojas 92 a 105 de los autos, a favor de la parte accionante del expediente; y que corresponden a reparación de la unidad asegurada. Los intereses que correspondan sobre estos rubros, desde la fecha de citación con la demanda, hasta su finiquito, en consideración a las tasas de interés, establecidas para el efecto, por el Directorio del Banco Central del Ecuador; y, las costas procesales que hubieren lugar; incluyendo en ellas los honorarios del profesional que ha intervenido en calidad de procurador judicial de la parte accionante; y que, en conformidad con la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, se regulan en la suma de un mil dólares de los Estados Unidos de América. Sin deducibles en consideración, conforme lo establecido en fundamentación. **Notifíquese.**

f) **Dr. Juan Carrasco Loyola, Juez Temporal.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

PRIMERA SALA CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 28 de octubre del 2011. Las 16h05.

Juez Ponente: Dr. Juan González C.

VISTOS: Sube el proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor Pedro Javier Valdivieso Tamariz, Gerente y Representante Legal de Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A., de la sentencia condenatoria al pago de las indemnizaciones reclamadas por la asegurada Gloria Beatriz Calva, representada por su procurador judicial abogado Franklin Ramiro Torres Gavilanes. Debiéndose resolver la controversia, sin otro trámite; se considera: **UNO:** Por sorteo, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; trámite que observa las formalidades pertinentes para su validez, como así se lo declara, puesto que no ha lugar la dilatoria de falta de personería activa, en cuanto el accionante abogado Franklin Ramiro Torres, tiene poder suficiente de Gloria Beatriz Calva para representarle en juicio, conforme se visualiza de la escritura celebrada ante el Notario Primero de Loja doctor Ernesto Iglesias Armijos el 23 de marzo del 2009, ya que tal excepción incide en la capacidad legal para parecer (**sic**) en juicio, por falta o insuficiencia de poder, en caso de la procuración judicial (artículo 100 del C. de P. Civil), cosa que no se da en el caso propuesto; y, si se trata de la omisión del requisito formal de la demanda del artículo 67.2 del C. de P. Civil, esta omisión, no es en ningún modo de las sustanciales del artículo 346 *ibídem* y menos puede incidir en la resolución de la causa; como tampoco el hecho de que, en la demanda, se adicione como segundo, el apellido de Calva al de la beneficiaria o asegurada, puesto que ni siquiera se ha pretendido probar, menos se lo ha hecho, de que se trate de otra persona, de la mandante del actor; tampoco existe la falta de personería pasiva, pues el accionado, ha justificado la calidad con la que ha sido demandado, citado, contestado la demanda (**sic**) e intervenido en el juicio. **DOS:** El abogado Franklin Ramiro Torres Gavilanes, a nombre de su mandante Gloria Beatriz Calva (Calva) y en su calidad de procurador judicial, conforme el poder que acompaña con el que legitima su personería, concurre manifestando que: mediante contrato de Seguro. Póliza nro. 201662- celebrado en Cuenca con la Compañía Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A., su mandante aseguró el vehículo tipo: tracto camión, marca Kenworth, de placa: LCA-642 con vigencia desde las 16h00 de 1.11.2008 hasta las 16h00 del 1-11-2009; que, el 15 de diciembre del 2008, en circunstancias en que el chofer Robin Patricio Salinas Calva, conducía el vehículo asegurado por la Panamericana Norte sector Aypud, con destino a la ciudad de Cuenca, se suscitó el siniestro (volcamiento del automotor) conforme el parte policial que en fotocopia certificada acompaña; siniestro que fue oportunamente informado a la Compañía aseguradora, puesto que el mismo tiene cobertura por volcadura; que, a pesar de haber realizado la inspección, del siniestro, no lo indemniza como era su obligación legal y moral; y mediante oficio de 18 de diciembre del 2008, se dirige a su mandante, dándole a conocer que la póliza de vehículos nro. 201662 está cancelada por falta de pago de las primas y la cláusula de anulación automática; pero, jamás se

procedió a notificar a la asegurada por escrito con quince días de anticipación, mediante el envío de la carta certificada a su domicilio, como así lo estipula la cláusula contractual cancelación de la póliza (pág. 2) que tiene su razón de ser puesto que una vez notificada la asegurada, puede ejercer su derecho de defensa; y, en ese caso de la mora, dentro del lapso de quince días, puede cancelar o igualarse las cuotas vencidas y el contrato de seguro sigue vigente; que, la prima, se ha pactado, mediante cuotas: la inicial a pagarse el 16 de noviembre del 2008; la primera cuota, el 16 de diciembre del 2008; la segunda, el 16 de enero del 2009, la tercera el 16 de febrero del 2009; la cuarta el 16 de marzo del 2009, y la quinta el 16 de abril del 2009; que, dentro de las condiciones particulares, se establece la cláusula pago de prima de la cuota inicial; que señala: “No obstante lo que se estipule en las condiciones generales de la presente póliza, se entenderá que la misma ampara los bienes asegurados desde la fecha de inicio de vigencia y que el asegurado dispone de quince días como plazo máximo para el pago de la cuota inicial correspondiente de la anualidades anticipadas”; es decir, que el vehículo asegurado tenía cobertura desde el 1 de noviembre del 2008; que en igual sentido se establece otra cláusula que señala “La Compañía estipula un plazo de quince días como máximo de gracia como pago de las cuotas posteriores a contarse desde el vencimiento de cada una de ellas”; que, conforme las copias certificadas que acompaña, como pago de la prima del seguro se entregó en fecha 10 de diciembre y 15 de diciembre del 2008 a la Compañía aseguradora, los cheques nro. 016763 por un valor de 1.486 dólares y nro. 016846, por el monto de 1.504,23 dólares, con lo que se demuestra que al momento de ocurrido el siniestro, no se encontraba en mora en el pago de las cuotas; que, el evento que causó el siniestro no está excluido en la póliza pues según el Art. 22 y el Decreto Supremo 1142, incumbe al asegurador demostrar los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, cosa que no lo ha hecho; así mismo el artículo 42 de la Ley General de Seguros, impone al asegurador que la objeción al pago de un siniestro debe ser fundamentado y, en consecuencia conforme el artículo 76.7 literal i) de la Constitución Política, hacer una exposición clara y precisa de los fundamentos de hecho y de derecho de los que se crea asistido para rechazar el pago; y, en el presente caso, la aseguradora se limita a comunicar la cancelación de la póliza; que, con fundamento al artículo 42 de la Ley General de Seguros y pertinentes del C. de Comercio, en la vía verbal sumaria, demanda a la Compañía aseguradora “Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.”, el pago de la indemnización del siniestro, más los intereses, costas procesales y honorarios. Citado el demandado, en la calidad con la que se lo hace, a fojas 38 concurre a juicio y, en la audiencia de conciliación, contesta la demanda, oponiendo las excepciones de: falta de personería activa por incumplimiento de los requisitos legales establecidos en el artículo 67 numeral 2 del C. de P. Civil, por cuanto la mandante responde a los nombre de Gloria Beatriz Calva y no como señalada (**sic**) en el libelo de la demanda; falta de personería

pasiva; incumplimiento de las solemnidades legales para la citación a su representada; nulidad e inexistencia entre Bolívar Compañía de Seguros y Gloria Beatriz Calva, del contrato de Seguro de Vehículos; póliza nro. 201662, por falta de pago de la prima que es un elemento esencial y solemne del contrato de seguros, conforme lo establece el artículo 9, literales f y g de las condiciones generales de la póliza que habla de las bases del contrato y que fueron aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros con resolución nro. SB-INS-2000-142 del 24 de mayo del 2000, nulidad determinada y estipulada de manera clara y precisa en las condiciones particulares de la póliza, en la hoja 3, cláusula de anulación automática, cláusula de pago de prima de la cuota inicial, cláusula de pago de prima numeral 11-subnumeral 1.1. y numeral 2, esto en relación a la forma de pago que consta detallada en la cláusula de la póliza en concordancia con las disposiciones del Decreto Supremo 1147 artículo 1, artículo 2 numeral 6 inciso final del C. de Comercio; sin que signifique aceptación del reclamo, la actora ha incumplido las disposiciones del artículo 12 las condiciones generales de la póliza en concordancia con las disposiciones del artículo 22 del Decreto Supremo 1147 del C. de Comercio y artículo 42 de la Ley General de Seguros. Sustanciada la causa, se dicta la sentencia motivo de la impugnación. **TRES:** El contrato de seguro definido por el artículo 722-1 del C. de Comercio, dice: 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 de un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta si ocurre la eventualidad prevista en el contrato. Igualmente el artículo 722.2 *ibidem*, prescribe que entre los elementos esenciales del contrato de seguro, esta la estipulación de la prima o precio; y los demás elementos de forma que señala la misma disposición. Es pues, un contrato solemne de carácter bilateral, oneroso y que se apoya en la confianza que tiene el asegurado; por lo mismo, es un contrato eminentemente de buena fe. Se caracteriza el contrato de seguro, por las siguientes características: ser bilateral, pues que el asegurado y asegurador se obligan recíprocamente: el primero, a pagar la prima; el segundo, a pagar la indemnización si acontece el siniestro; oneroso pues que ambas partes se benefician recíprocamente; principal, puesto que subsiste por sí mismo, sin requerir de otra convención; y aleatorio porque el equivalente consiste en la contingencia incierta de ganancia o pérdida; depende del azar, la prestación pactado o su monto, característica que le distingue al contrato de seguro; todo esto, en relación al artículo 1454 del C. Civil que define al contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas; y, esta disposición, en relación a los efectos de las obligaciones: artículo 1561 del C. Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Tenemos también que recurrir al

Título XIII del Libro Cuarto del C. Civil, que nos dan las reglas de hermenéutica legal sobre la materia, entre otras: Art. 1580 *ibidem*: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...” **CUATRO:** En el caso sub judice, se suscribe un contrato de seguro, mediante una póliza, que contiene todos los datos previstos por el artículo 722.7 del C. de Comercio, mediante el cual “Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.” se obliga para Gloria Beatriz Calva, a la cobertura de todos los riesgos a que hace mención la póliza, por seguro de auto vehículos, con vigencia el contrato, desde las 16h00 del 1 de noviembre del 2008 hasta las 16h00 del 1 de noviembre del 2009, con una duración de 365 días, por una suma asegurada de sesenta y cinco mil dólares con una prima de dos mil quinientos noventa dólares, y un valor total de 3.024,67 con los recargos pertinentes, pagaderos: mediante cuotas: una inicial de 509.67 dólares de contado, el 6 de noviembre del 2008, fecha de suscripción del contrato, con un plazo de gracia de diez días y por consiguiente con vencimiento al 16 de noviembre del 2008, la primera cuota de 503.00 dólares, a vencerse el 16 de diciembre del 2008; la segunda cuota, de 503,00 dólares, a vencerse el 16 de enero del 2009, la tercera cuota de 503.00 dólares, a vencerse el 16 de febrero del 2009; la cuarta cuota, de 503,00 dólares, a vencerse el 16 de marzo del 2009; y una última cuota –5– por 503.00 dólares, a vencerse el 16 de abril del 2009; total 3.024,67 dólares; de lo que deviene que la cuota inicial de 509.67 dólares, debió ser satisfecha el mismo día de la suscripción del contrato, 6 de noviembre del 2008; empero tanto por las estipulaciones en la póliza cuanto por disposición legal, en el caso propuesto la vigencia de la póliza se extendía hasta el 16 de noviembre del 2008, tomando en cuenta que la vigencia de la póliza se la estipula desde las dieciséis horas del 1 de noviembre del 2006. Más, se suscita un accidente de tránsito del vehículo asegurado, el día lunes 15 de diciembre del 2008 en la vía que conduce a Riobamba Alausí, en el sector Aypud de la Panamericana Norte, por volcamiento del automotor, conforme consta en el parte policial y las diligencias constantes en la documentación que se acompaña a la demanda; y se considera que la póliza tiene vigencia desde las 16h00 horas del 1 de noviembre del 2008 hasta las 16:00 horas del 1 de noviembre del 2009, quiere decir que el siniestro se produce dentro del tiempo de vigencia del contrato; sin embargo, la aseguradora mediante comunicación de 18 de diciembre del 2008, le hace conocer a la asegurada Gloria Calva, que la póliza de su vehículo con vigencia del primero de noviembre del 2008 al 1 de noviembre del 2009, ha sido cancelada de acuerdo a la cláusula de pago de primas, con anulación automática. Revisada procesal y contractualmente esta cancelación, se tiene que: conforme el recibo de caja nro. 235505, de fecha 10 de diciembre del 2008, la aseguradora recibe un cheque por la suma de 1.504,23 dólares, girado por Calva Calva Distribuidora, representada por Ramón Vicente Calva en contra de la cuenta corriente 1101-25124-6 del Banco de

Loja, girado con fecha 29 de diciembre del 2008; y el día 16 de diciembre del 2008, RECIBE EL CHEQUE NRO. 016763 girado por la misma firma, en contra de la misma cuenta corriente del Banco de Loja por 1.486 dólares, con los que se hacía el pago, según el accionante, de la cuota inicial y de la primera cuota de la póliza en que se apoya la demanda; además de los pagos que le correspondía al girador por contrato similar con la Aseguradora. En la cláusula de la póliza: PAGO DE PRIMA DE LA CUOTA INICIAL, se manifiesta que: “no obstante lo que se estipule en las condiciones generales, se entenderá que la misma (póliza), ampara los bienes asegurados desde la fecha de inicio de la vigencia y que el asegurado dispone de quince días como plazo máximo para el pago de la cuota inicial correspondiente a las anualidades anticipadas”. Por lo mismo, llámese plazo de gracia o prórroga legal del plazo, en el caso propuesto, la asegurada tenía para su pago, quince días desde la vigencia de la póliza, esto es, que vencía el 16 de noviembre del 2008. Siendo esto así y no habiéndose pagado la prima dentro del tiempo estipulado conforme lo establece el artículo 722 del C. de Comercio; las condiciones generales de la póliza aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros en concordancia a lo estipulado en las condiciones particulares de la póliza nro. 201662, en la cláusula de anulación automática, del pago de la prima de la cuota inicial, de pago de la prima sub numeral 1.1 y 1.2; 2, éste último estipula: “La falta de pago de la cuota inicial posterior al plazo de gracia mencionado en el numeral 1.1 produce la anulación de la póliza dejando sin efecto sus estipulaciones”. Esta cláusula frente a la que establece la de CANCELACIÓN DE PÓLIZA, que estipula: “La Compañía está facultada para resolver esta póliza en su totalidad, declinar su revocación o bien para cancelar uno o más de sus amparos en cualquier momento antes del vencimiento de quince días mediante el envío de carta certificada al domicilio del asegurado o aplicando lo que dispone el artículo xx de la póliza. Además del evento de cancelación de la póliza o de uno o más de sus amparos la Compañía devolverá al asegurado la parte de prima en proporción del tiempo no corrido”. La anulación y la resolución estipulados en la cláusula de la cita, tienen dos efectos distintos, aún cuando se parezcan entre sí, en cuanto a las causas que las generan y a los efectos que la producen; así en cuanto a sus causas, la resolución supone la existencia del contrato como válido, en la que la compañía aseguradora está facultada para declinar su renovación o bien para cancelar uno o más de sus amparos en cualquier momento antes del vencimiento, en cuyo caso deberá notificar al asegurado sobre esta determinación con anticipación de quince días mediante el envío de carta certificada al domicilio del asegurado...; en tanto la nulidad de la póliza ocurre a la falta de pago de la cuota inicial posterior al plazo de gracia, dejando sin efecto sus estipulaciones sin que en este caso la aseguradora tenga la obligación de notificar al asegurado por escrito sobre este evento que se produce per se, por el solo hecho de la mora, lo que no ocurre en el caso de cancelación de la póliza por las causales determinadas en la

cláusula pertinente; nulidad y resolución que son distintos, y así se lo ha estipulado. Para la nulidad por el hecho de la falta del pago de la prima, cuota inicial, vencido el plazo de gracia, que es lo que ha ocurrido en el caso de nuestro juzgamiento pues si bien la compañía aseguradora recibe el 10 de diciembre del 2008 el cheque por 1.504,23 dólares girado el 29 de diciembre del 2008 (posdatado), no es menos cierto que esta fecha de pago, estaba ya fuera del plazo de gracia que tenía la asegurada para el pago de la cuota inicial que trajo como consecuencia la nulidad de la póliza. Se debe insistir que la nulidad y la resolución son distintos: la primera, supone un contrato que por el vicio en que se incurre, lo vuelve ineficaz a la vida jurídica; en tanto la resolución implica el que una de las partes ha dejado de cumplir la obligación que por el contrato se le impone; esto último ocurre en la cláusula cancelación de la póliza que se le faculta a la compañía, declararlo, en el evento de la disposición pertinente. Las disposiciones del C. Civil nos traen los distintos efectos de la una y la otra. Habiéndose estipulado la nulidad de la póliza por el solo hecho de la mora en el pago de la cuota inicial de la prima; y, producida ésta, la compañía aseguradora estuvo autorizada para declarar la misma y por consiguiente su ineficacia para la cobertura del riesgo reclamado en la demanda; bien entendido que, el cheque para el pago de la cuota inicial, si bien recibido por la aseguradora el día 10 de diciembre del 2008, esto es, cinco días antes del siniestro, ya con anterioridad, esto es, desde el 16 de noviembre en que se constituyó en mora la asegurada, la póliza se volvió ineficaz por la nulidad que entrañaba, más allá de que tales órdenes de pago no han sido efectivizadas, aun cuando sus efectos se retrotraigan al momento de la entrega, conforme la previsión del artículo 722.17 del C. Comercio. Por las consideraciones que preceden, la Sala, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, aceptando el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia recurrida y declara sin lugar la acción que se juzga. Sin costas en cuanto se considera que el recurrente no está dentro de lo previsto del artículo 12 del C. Orgánico de la Función Judicial. Con el ejecutorial devuélvase. **Hágase saber.**

f) **Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Juan González Cordero, Dra. María del Carmen Espinosa Valdiviezo, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 28 de agosto de 2013. Las 16h00.

VISTOS: Ab. Franklin Ramiro Torres Gavilanes, Procurador Judicial de la Sra. Gloria Beatriz Calva Calva, interpone recurso de casación de fojas 33 a 35 vta., según consta en el cuaderno de segunda instancia, en el que

impugna la resolución pronunciada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro del juicio verbal sumario que por pago de indemnización del siniestro de un vehículo sigue en contra de la compañía aseguradora “BOLÍVAR COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ECUADOR S.A.”, representada por su gerente Sr. Pedro Valdivieso. Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El Tribunal tiene jurisdicción en virtud de haber sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012 y posesionados por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero del 2012; y, conforme certificación para subrogación del Dr. Eduardo Bermúdez Coronel emitida por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia de 21 de junio del 2013; integra el Tribunal el Dr. Guillermo Narváz Pazos, en mérito a lo dispuesto por los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 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 Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en auto de 07 de Mayo del 2013; a las 9h00, así como de conformidad con la resolución 03-2013 en sus Arts. 1 y 2; analiza el recurso de casación *admitiéndolo parcialmente* a trámite de conformidad con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.** El Abogado Franklin Ramiro Torres Gavilanes, en su calidad de Procurador Judicial de la Sra. Gloria Beatriz Calva Calva, dentro de su recurso señala como normas infringidas los artículos: 76 numeral 7 (literal I), 66 numeral 25; 52 de la Constitución de la República del Ecuador; 115 del Código de Procedimiento Civil; 1561, 1454, 1580 y 1582 del Código Civil, 19 del Decreto Supremo 1147, 2 del Decreto Supremo 1147, fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: ARGUMENTOS MATERIA DE LA IMPUGNACIÓN:** La errada interpretación que en la sentencia se da al Art. 115 del Código de Procedimiento Civil pues la Sala hace una errada valoración de la prueba y sobre todo de las cláusulas contractuales referentes al pago de la prima de seguro; cancelación de la póliza y anulación automática; para el efecto deja de lado o no considera la declaración testimonial del gerente de la Compañía; la errónea interpretación que en la sentencia recurrida se da a los artículos 1454, 1561 y 1580 del Código Civil se sustenta en el hecho de que la Sala considera que la cláusula de ANULACIÓN AUTOMÁTICA por falta de pago de la primera es legal y contractualmente exigible y vigente, esta consideración es errada por cuanto violenta y vulnera los más elementales principios y garantías constitucionales del debido proceso como son el derecho a la defensa. Es preciso señalar que incluso la gerente y cobrador de la compañía demandada

de forma categórica señalaron que el contrato de seguro al momento de ocurrido el siniestro 15 de diciembre del 2008, NO ESTABA ANULADO, es decir estaba vigente y por eso se realizó el cobro de la cuota inicial en fecha 10 de diciembre del 2008. En la cláusula contractual que manifiesta: “la compañía está facultada para resolver esta póliza en su totalidad, declinar su renovación, o bien para cancelar uno o más de sus amparos en cualquier momento antes del vencimiento, pero deberá notificarse al asegurado por escrito sobre esta determinación con una anticipación de quince (15) días mediante el envío de carta certificada al domicilio del asegurado o aplicando lo que dispone el art. xx de la póliza”. En consecuencia la falta de notificación al actor con la decisión de dar por terminado el contrato de seguro conlleva la vigencia del mismo al tiempo de ocurrido el siniestro. **CUARTO: ALGUNOS ELEMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** Con la expedición de la Constitución del 2008 se instauró en nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, marco constitucional que cambia radicalmente la administración de justicia con ello faculta a que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables, y que, respecto del recurso extraordinario de casación la Corte Nacional de Justicia como máximo Tribunal de Justicia Ordinaria en el control de legalidad por ende de constitucionalidad de una resolución para garantía de la seguridad jurídica, la unidad e igualdad del derecho positivo le corresponde desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, y que respecto de la casación la Corte Constitucional ha manifestado: “*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...*”¹. **QUINTO: EXAMEN DEL CASO EN RELACIÓN A LA OBJECCIÓN PRESENTADA. 5.1.** Como queda expuesto la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia admite parcialmente el recurso de casación solo respecto de la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, el Abg. Franklin Ramiro Torres Gavilanes en su calidad de Procurador Judicial de la casacionista Sra. Gloria Beatriz Calva Calva esto es 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, prescindiendo de los hechos y la valoración probatoria, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se

¹ Sentencia No. 364, 17, I, 2011, pág. 53.

ha originado la conexión lógica de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética y genérica efectuada de antemano por el legislador; error que se puede provocar por los tres diferentes tipos de trasgresión ya señalados, lo que el recurrente debe cimentar adecuadamente. 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, lo que efectivamente es aplicable al caso que se decide. 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. 5.2 El recurrente ataca la sentencia del Tribunal Ad quem, fundamentado en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, en lo atinente a la errónea interpretación de los artículos 1561 y 1580 del Código Civil y 2 y 7 del Decreto Supremo 1147; así como en la falta de aplicación de los artículos 1582 del Código Civil, 49 del Reglamento a la Ley de Seguros y 19 del Decreto Supremo 1147 que señalan:

“Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

“Art. 1580.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.”

“Art. 2 del Decreto Supremo 1147.- Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1.- El asegurador
- 2.- El solicitante;
- 3.- El interés asegurable;
- 4.- El riesgo asegurable;
- 5.- El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;

6.- La prima o precio del seguro;

7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro;

A falta de uno o más de estos elementos, el contrato de seguro es absolutamente nulo.”

“Art. 7 del Decreto Supremo 1147.- Toda póliza debe contener los siguientes datos:

- a) El nombre y domicilio del asegurador.
- b) Los nombres y domicilios del solicitante, asegurado y beneficiario.
- c) La calidad en que actúa el solicitante del seguro.
- d) La identificación precisa de la persona o cosa con respecto a la cual se contrata el seguro.
- e) La vigencia del contrato; con indicación de las fechas y horas de iniciación y de vencimiento, o el modo de determinar unas de otras.
- f) El monto asegurado o el modo de precizarlo.

g) La prima o el modo de calcularla.

h) La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador.

i) La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes.

j) Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales.

Los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además el período de ampliación de la vigencia del contrato original”.

“Art. 1582.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

“Art. 49.- Las pólizas de seguro deben contemplar las disposiciones del artículo 25 de la Ley General de Seguros y del Decreto Supremo No. 1147. Cualquier condición en contrario deberá ir en beneficio del asegurado mas no del asegurador, bajo pena de nulidad de la estipulación respectiva. Esta nulidad no afectará los derechos del asegurado”.

“Art. 19 del Decreto Supremo 1147.- El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante notificación escrita al asegurado en su domicilio con antelación no menor de diez días; por el asegurado, mediante notificación escrita al asegurador, devolviendo el original de la póliza. Si el asegurador no pudiere determinar el domicilio del asegurado, le notificará con la resolución mediante tres avisos que se publicarán en un periódico de buena circulación del domicilio del asegurador, con intervalo de tres días entre cada publicación.”. Al respecto vale referir, que el contrato es una convención en la que se hace efectiva la voluntad de las partes, sean éstas dos o más intervinientes, con un propósito o fin en común. De otro lado, el contrato de seguro es una institución de derecho común que tiene naturaleza mercantil, es un tipo de contrato de adhesión, siendo éste ley para las partes Art. 1564 Código Civil. El artículo 25 de la Ley General de Seguros infiere que los contratos de seguros deben contener las cláusulas, condiciones y estipulaciones generales aprobadas por la Superintendencia de Bancos y estas cláusulas son las que tienen por objeto establecer las responsabilidades básicas de los contratantes, los derechos y obligaciones de las partes, los procedimientos para el uso y correcta aplicación de los derechos y obligaciones. La ley expresamente obliga al asegurador a cumplir con ciertos requisitos al emitir pólizas en especial las contenidas en el Código de Comercio. En el caso que nos ocupa, éste Tribunal NO observa, que el contrato de seguro se encuentre contaminado con algún vicio o defecto, que lo desnaturalice pues contiene los requisitos, elementos y datos legales inherentes a éste y que pudiesen causar la nulidad del mismo, tomando en cuenta, que con fecha 01 de noviembre del 2008 suscribieron las partes la póliza 201662, posteriormente el

10 de diciembre del 2008, la actora procede a realizar el pago de la primera cuota de la póliza (recibo de caja de Seguros Bolívar N° 235505 de 10 de diciembre del 2008 a fs. 23 cuerpo de primera instancia), y algo esencial, corresponde a una fecha anterior a la del siniestro (15 de diciembre del 2008); actos que propiciaron a dar vida o génesis al contrato de seguro del vehículo tracto camión de marca KENWORTH. En este sentido, cabe una lógica reflexión respecto al procedimiento dado por parte de la compañía aseguradora y que fue aceptado por el Tribunal Ad quem: si el 16 de noviembre del 2008 se produjo el vencimiento del contrato, por qué razón la compañía no cumplió con la notificación estipulada en la clausula contractual² “con la cancelación por falta de pago y anulación automática de la póliza de vehículo” de fecha 18 de diciembre del 2008 (fs. 22 cuerpo de primera instancia) tres días luego de ocurrido el siniestro, a la fecha del vencimiento, esto es, el 16 de noviembre del 2008. La doctrina en este sentido señala: “El pago de la prima a través de un cheque se retrotrae a la fecha de efectivización de este documento. En el caso que el cheque sea devuelto protestado por insuficiencia de fondos es obvio que existe mora del asegurado en el pago de la prima. Sin embargo, el asegurador sana la mora del asegurado cuando recibe el pago del cheque o le concede crédito al asegurado para que cubra su valor, por cuanto el recibir el pago después del siniestro significa que el asegurador está convalidando la mora del asegurado. Al respecto la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia en el juicio verbal sumario seguido por N. Mendoza en contra de la Compañía de Seguro Sudamérica resuelve la situación aplicando el principio de que los efectos del pago hecho con el cheque efectivizado se retrotraen al momento de la entrega. Un fragmento del pronunciamiento de la Tercera sala de la corte suprema de justicia en este juicio es el siguiente: “Es indudable que el asegurado Julio, cayó en mora de pagar la segunda cuota de las primas del seguro y que, habiéndole ofrecido con fecha 24-IX-71, la aseguradora aceptó efectuándose el pago con cheque por \$ 2.875, 16, a cargo del Banco del Pichincha Sucursal Portoviejo, por lo cual la aseguradora extendió el correspondiente recibo, en cancelación al pago de la cuota de la prima convalidando la mora que pueda dar lugar a la causa de caducidad voluntaria del derecho a permanecer asegurado. En verdad que en el recibo otorgado consta la condición de que el pago queda sujeto al cobro del cheque para que surta este recibo sus efectos legales, lo que guarda armonía con lo señalado en el inciso segundo del art. 17 del DS 1147 publicado en el R.O. 123 de 7-XII-63.(...)”³. Finalmente, es pertinente acotar ciertos criterios puntuales sobre el derecho

constitucional del debido proceso, es un derecho que contiene amplias garantías básicas o mínimas, entre las que se pueden mencionar: la presunción de inocencia, el cumplimiento de normas y derechos de las partes, la acción punible prevista en la ley para su sanción, la proporcionalidad entre la infracción de la sanción, la eficacia probatoria, el derecho a la defensa, ésta última garantía es el derecho “...que tiene toda persona a la recta administración de justicia. El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo, a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado. Es **debido** aquel **proceso** que satisface todos los requisitos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se llama debido entonces, porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica...”⁴; en este sentido, este Tribunal observa que el irrestricto respeto a este derecho es elemental y que debe ser cumplido y acatado en cualquier ámbito, dígame, administrativo y/o judicial, sea autoridad o no, para que exista entre las partes o los contendientes igualdad de condiciones, para que puedan ser atendidos, tutelados y protegidos sus derechos; por tanto, siendo las anteriores, motivos por los cuales ha lugar el cargo denunciado. Por las motivaciones expuestas, este Tribunal de 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**”, de conformidad con lo prescrito por el artículo 16 de la Ley de Casación, CASA la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay de 28 de octubre de 2011 y por hacer suyos los argumentos y las conclusiones a las que arriba el juez A quo en la sentencia, en los términos expuestos en esta sentencia. Se ordena realizar la liquidación de las cantidades que debe pagar la compañía demandada detalladas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro por volcadura de vehículo, restando los valores correspondientes a las cuotas que fueron pagadas por la actora mediante cheques y devueltos por la compañía aseguradora y las que corresponda hasta el 01 de noviembre del 2009 fecha de vigencia del contrato. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f). **Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez Nacional. Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional. Dr. Guillermo Narváez Pazos, Conjuez Nacional.**

² La compañía está facultada para resolver esta póliza en su totalidad, declinar su renovación, o bien para cancelar uno o más de sus amparos en cualquier momento antes del vencimiento, pero deberá notificarse al asegurado por escrito sobre esta determinación con una anticipación de QUINCE días (15) mediante el envío de carta certificada al domicilio del asegurado o aplicando lo que dispone el Art. xx de la póliza...”

³ José Alvear Icaza, Derecho de Seguros, EDINO, Guayaquil-Ecuador, págs. 200, 201.

⁴ Marcelo Hernán Narváez Narváez, Procedimiento Penal Abreviado, Primera Edición, 2003, Quito-Ecuador, págs. 204, 205.

SALA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

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

I

Juicio No. 334-2013

Juicio penal que sigue la señora Mariana de Jesús Naranjo en contra del señor Germán Manuel Chusin Lisintuña, por violación a su hija.

SÍNTESIS:

El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, dictó sentencia de mayoría, en la que reconoce y ratifica la inocencia del ciudadano Germán Chusin. La Fiscalía interpuso recurso de apelación, y la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha lo aceptó, por considerar que existió el delito de violación tipificado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, e impuso al acusado la pena de 8 años de reclusión mayor extraordinaria, toda vez que consideró que la adolescente tenía 13 años de edad al momento de mantener relaciones sexuales, de esta sentencia interpuso recurso de casación, señalando en la parte pertinente que la supuesta víctima era mayor de 18 años, invocando el error de tipo. La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia realiza un pormenorizado análisis del error de tipo, concluyendo en que consiste en "...la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo..." figura penal mismo que no se encuentra previsto en nuestra legislación penal, por lo cual, no se la acepta. La Fiscalía ha sostenido que existe el error de prohibición planteado, el cual consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta. El error de prohibición es cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación. Que la víctima tuvo relaciones consentidas, con el agresor y al engañar al acusado respecto de su edad, le confería su consentimiento. De conformidad con el artículo 512 de nuestro Código Penal, el consentimiento de la menor es irrelevante. Atendidos todos los argumentos de la defensa técnica, la Sala desecha el recurso intentado.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Eduardo Villagómez V.

TRIBUNAL SÉPTIMO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 18 de abril del 2011. Las 17h25.

VISTOS: Constituido el Tribunal en audiencia de juicio para resolver la situación jurídica del acusado GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA, se ha dictado la siguiente sentencia:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los órganos del poder público han de observar la normativa constitucional por sobre el ordenamiento jurídico de tipo legal, no obstante de aquello, es de considerar que la ley es aplicable y de observancia estricta, siempre y cuando no menoscabe los derechos y garantías de las personas previstas en la Constitución, uno de los derechos protegidos por el Estado se constituye en el respeto al debido proceso, que consiste en la observancia de garantías judiciales como la constante en el art. 76.3 de la Constitución que prevé que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, lo que en doctrina se conoce como el principio de legalidad procesal, concordante con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que menciona: "que 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 con ella (...)", lo que es concordante con lo dispuesto en el art. 76.7 k de la Carta Fundamental, de lo que fluye que la jurisdicción y la competencia se constituyen en solemnidades sustanciales que deberán ser observadas en todo procedimiento penal; el art. 21.1 del Código de Procedimiento Penal establece: "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 (...); el hecho motivo del presente enjuiciamiento se ha descubierto mediante la denuncia presentada por Mariana de Jesús Naranjo, el 15 de agosto del 2009, hace conocer a la Fiscalía de la presunta violación de su hija NN, de 13 años de edad, indicando que este hecho ha sido cometido por Jefferson Ramírez Burbano. Con estos antecedentes, la Fiscalía da origen a la indagación previa, en la que recabó varios elementos de convicción entre ellos, el examen de ADN realizado a la ofendida, al hijo producto de dicha violación, dando como resultado negativo y con fecha 21 de mayo del 2010, la ofendida amplía su versión e indica que no solamente ha tenido relaciones sexuales con Jefferson Ramírez Burbano, sino también con Germán Manuel Chusin Lisintuña, por consiguiente, el Tribunal es competente para conocer y resolver la situación jurídica del acusado Germán Manuel Chusin Lisintuña, siendo de competencia de este Tribunal la etapa del juicio conforme el art. 28.1 del Código Adjetivo Penal

que dispone: “Los Tribunales de Garantías Penales tienen competencia, dentro de la correspondiente sección territorial: 1. Para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública 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”; etapa que se ha sustanciado con observancia de las normas constitucionales y legales del debido proceso, apegado al art. 221.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se establece la validez procesal.

II. VALIDEZ PROCESAL. De conformidad con lo prescrito en los arts. 75, 76, 77, 168.6 y 169, de la Constitución de la República, en la tramitación de la presente causa, se han observado las garantías del debido proceso constitucional, por lo que verificado su cumplimiento se declara la validez de la misma.

III. IDENTIDAD DEL ACUSADO. El acusado se identificó con los nombres de: **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**, de nacionalidad ecuatoriana, nacido en la provincia del Carchi, con cédula de ciudadanía nro. x, de 21 años de edad, de estado civil casado de instrucción superior, de ocupación estudiante, domiciliado antes de su detención, en esta ciudad de Quito, en el barrio de San Roque, actualmente detenido en el Centro de Detención Provisional de esta ciudad de Quito.

IV. CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL ACUSADO: Al término de la instrucción fiscal, concluida la etapa intermedia, la señora Jueza Segundo de Garantías Penales de Pichincha, en auto de 09 de marzo del 2011, las 10h40, con fundamento en el art. 232 del Código Procesal Penal, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del acusado GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA, por considerarlo el presunto autor del delito de violación, tipificado y sancionado por los arts. 512, numeral 1 y 513 del Código Penal.

V. JUICIO PROPIAMENTE DICHO. 5.1. En virtud de los principios de concentración, intermediación, unidad, dispositivo de la prueba y de contradicción, y antes de declarar abierto el juicio, se advirtió al acusado que esté atento a las actuaciones y exposiciones que se van a desarrollar y formular durante el trámite de la audiencia, luego de lo cual se declaró abierto el juicio, por lo que dentro de la fase de exposición del motivo de la acusación y relato circunstanciado de los hechos como de petición y práctica de pruebas orientadas a establecer la verdad procesal de la existencia del delito por el cual fue llamado a juicio el acusado GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA, así como de su responsabilidad penal, que según lo que ha asegurado cada parte, y a fin de determinar si los elementos del tipo se han consumado o no en la comisión del acto por el que se ha motivado la presente causa cuya responsabilidad se le imputa, tenemos: **5.1.1.** En representación de la Fiscalía General del Estado la Dra. Miriam Escobar, dice: aproximadamente, en el mes de julio del 2009, la menor de 13 años NN, se sube a un bus

de la cooperativa Rapitrans, momentos en los que el controlador Germán Chusin, se acerca a la menor y le invita a dar una vuelta, posteriormente le invita a su departamento ubicado en la Av. Veinticuatro y Chimborazo, sector San Roque de esta ciudad de Quito, en el interior del inmueble, ella al primer momento le dice que no, sin embargo, el acusado abusando de la inmadurez de la menor procede a tener relaciones sexuales, producto de lo cual nace un hijo, éste hecho es una violación.

5.2. Exposición del abogado defensor del acusado **GERMÁN MANUEL CHUSÍN LISINTUÑA**: el Dr. Wilson Villareal, manifiesta es todo lo contrario a lo que dice la señora Fiscal, mi defendido no ha cometido ni ha participado en el tipo penal que la Fiscalía ha manifestado, así lo probaré en el desarrollo de la presente audiencia con prueba testimonial y documental.

5.3. PRUEBA DE CARGO DE LA FISCALÍA. La Dra. Miriam Escobar, en representación de la Fiscalía, a fin de establecer la participación del acusado, así como el motivo de la acusación, solicita se recepte los testimonios de los testigos y peritos por ella solicitados, en el siguiente orden: **5.3.1** El testimonio propio de la menor NN, quien acompañada de su madre, la señora MARIANA DE JESÚS NARANJO, manifestó **que a los 13 años se quedó embarazada y dio a luz a los catorce**, le conoció cuando estaba saliendo a un partido de fútbol con una amiga Lilia Castro, fue a mediados de julio, el año no recuerda, su amiga le presentó, él la llamó para encontrarse en la parada, le preguntó cómo se llamaba, él le preguntó la edad, ella le mintió y le dijo que tenía 18 años, empezaron a salir, fueron enamorados, le acepté, de ahí seguían saliendo, **le invitó a conocer su departamento, le preguntó si quería tener relaciones ella le dijo que bueno, él no le obligó. Tuvieron relaciones sexuales y producto de esto él es su esposo y tienen a un hijo menor, son casados, el día que a él le detuvieron se encontraban viviendo juntos en San Roque. Desde que se conocieron han tenido una relación de amor y por eso están juntos.** A las repreguntas de la defensa, manifiesta: fueron enamorados tres meses, y estaban un mes unidos. Fruto de este amor, procrearon un hijo, siempre se han querido y respetado, siempre fue responsable y respetuoso, si él hubiera sabido que ella era menor de edad, no hubiera mantenido relaciones sexuales. Le visita con frecuencia al lugar donde él está preso, desde que él fue detenido los días de visita acude con su hijo, a dejarle cosas de comer, la ropa y todo lo que él necesita. Aclara **una vez más que no se destruya su hogar, su hijo sufriría una crisis familiar y económica;** ahora son sus suegros los que le están ayudando. Al requerimiento de aclaración de uno de los jueces del Tribunal, señala que está detenido su esposo hace un mes. Ella le visita los sábados y domingos; **5.3.2.** El testimonio propio de **MARIANA DE JESÚS NARANJO NAVAS**, quien acepta haber presentado la denuncia en la Fiscalía en contra de Jefferson, que su hija le mintió, hasta el día de hoy su hija le engaña; su hija le dijo “mami yo estuve con Germán Chusin”; ella pidió ayuda porque el chico

le negó que era su hijo, eso era en esos momentos; su hija se casó hace más o menos un mes; no recuerda si se casó antes o **después de que estaba detenido**, por teléfono ella le decía que él le llamaba; se enteró cuando su hija pasaba a tercer curso, cuando tenía trece años, le avisó la Lic. del DOBE que estaba embarazada. Su nieto va a tener un año, él decía que no era hijo de él. Él llegaba a la casa a verla a su hija en algunas ocasiones. A las repreguntas de la defensa, manifiesta: Ella le dijo a Germán “tiene que ser bien hombre para que sea mi yerno”. Él iba a la casa a verle a su hija. El chico ha sido enamorado pero ella no supo, ella le pedía permiso, se han sabido topar en las canchas, ella nunca supo que han sido enamorados. **El chico quería luego reconocerle al niño pero ya fue tarde; 5.3.3.** El testimonio propio de **MARTHA ORTEGA GARRIDO**, quien en lo principal, señala que realizó dos experticias, realizó la evaluación psicológica de la menor NN, quien había sido abusada sexualmente por el padre del menor, el 08 de marzo. La paciente refirió que Jefferson era su enamorado, que se fue al cuarto de la hermana, le dijo que haga una prueba, le reclamó nuevamente, le insistió y tuvo relaciones. Luego dijo que nunca le ha conocido, que nunca le había visto, ella le manifestó que era enamorada del señor Chusin y que habían mantenido relaciones sexuales por dos ocasiones, dio un relato muy confuso; le confrontó, primero dijo una cosa y luego otra, tenía llanto fácil, a las conclusiones adjuntó la primera evaluación, tiene tendencia a mentir, inventar cosas, así es su personalidad, es una forma de llamar la atención; usan la intención suicida para manipular, se da más en mujeres que en varones; son extrovertidas, coquetas, en este caso tiene muchos rasgos de personalidad histriónica, es fácilmente manipulable, tendencias fantasiosas. En la primera evaluación dijo que tuvo relación con un chico, dijo que había sido abusada y se quedó embarazada y en la segunda con otro chico donde dijo que tuvo relaciones sexuales voluntarias y que estaba embarazada. Su personalidad todavía no está formada. Ella tiene tendencia a mentir a cambio de ganar algo. En la segunda evaluación dijo que era controlador de un bus, que llegaron a San Roque, al inicio no quiso y luego también tuvieron relaciones sexuales y se quedó embarazada. Ella dijo que estaba preocupada porque es hija de madre soltera, decía que había muchos problemas y que eso le inquietaba, hablaba de otras cosas. Realizó dos informes. Pudo definir que la examinada no tiene trastornos de personalidad, porque en la adolescencia están en transición. Los rasgos histriónicos se dan en la adolescencia; el temperamento es genético y en el transcurso se va modificando. En esta edad no se puede definir una personalidad. Es importante las terapias familiares, porque el problema es familiar, necesita trabajarse vínculos; su realidad crea esquemas ya que ella dice no es hija de quien le reconoció como su padre. Necesita un tratamiento con enfoque profundo. **5.3.4.** El testimonio propio de **MÓNICA MONSERRAT TORRES**, quien advierte haber realizado la investigación del entorno social de la menor NN, hizo entrevistas, se acercó a la familia son seis miembros: papá, mamá, hermanos y NN

que es la primera, todos estaban en la etapa escolar, la casa es arrendada, la menor estaba embarazada decía que tenía ocho meses de embarazo; a la fecha le dijo que el padre era Jefferson Burbano. La adolescente ratificó el nombre de Jefferson. Le dijo que había tenido dos encuentros, que había entrado y que eran enamorados, que le había llevado a la casa de su madre y le llevó al cuarto de su hermana. En su investigación no está el nombre de Germán Chusín. **5.3.5.** El testimonio propio **LINDA MENA ÁLVAREZ**, quien indica que realizó el examen ginecológico el 10 de febrero de 2010, que la menor tenía 14 años, que en agosto del 2009 tuvo relaciones sexuales con Jefferson Burbano, acudía con la mamá, le entregó un eco que adjuntó a su informe, donde se diagnostica un embarazo de 35 semanas. **5.3.6.** El testimonio propio de **GISELLA FIALLOS NOROÑA**, quien realizó la prueba de paternidad, se presentó el señor Germán Chusín y NN, se hace una comparación de la prueba del padre, genéticamente el 50% es de la madre y el 50% es del padre; el **resultado fue que Germán Chusin es el padre del menor, el resultado es el 99,9% de probabilidad**, él es el padre biológico. **5.3.7. PRUEBA DOCUMENTAL:** La Fiscalía presenta como prueba documental: **5.3.7.1.** La partida de nacimiento de la menor NN, documento con el cual se justifica que la víctima es una menor de edad. **5.3.7.2.** El informe estadístico de nacido vivo del hijo de NN. **5.3.7.3.** Copia certificada de la certificación extendida por la Maternidad Isidro Ayora; **5.4. PRUEBA DE DESCARGO DE PARTE DEL ACUSADO GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA:** para justificar la posición de su defendido, el Dr. Wilson Villarreal, abogado defensor, presentó la siguiente prueba de descargo: **5.4.1.** El testimonio del acusado **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**, a quien el Tribunal le indagó, le intimó de sus derechos que le garantiza la Constitución de la República, así como que tenía derecho a un juicio imparcial ante sus jueces naturales, por lo que se encontraba ante este Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha; para su comparecencia a juicio tenía derecho a la defensa, como en efecto se encontraba representado por el Dr. Wilson Villarreal a quien ha designado como su abogado de confianza; y que tenía derecho a guardar silencio, a no auto inculparse; luego de lo cual el Tribunal volvió a preguntarle a través de su defensor, si era su deseo libre y voluntario el de rendir testimonio, a lo que respondió que deseaba rendir su testimonio bajo juramento, y que su identidad y más generales de Ley, son las que aparecen consignadas en el considerando tercero de esta sentencia. Al respecto manifestó: “Hace dos años conocí a mi esposa: estaba laborando en un bus de la Cooperativa de Rapi-trans, en la parada del Condado se subió con mi amiga Lilia Castro; me presentó a NN le pedí el número de celular, después de unos días le llamé y le invité a la parada de la Planada, ella fue, conversamos, le pregunté sus nombres, cuántos años tenía me dijo 18, que estudia, comenzamos a salir, le llamaba conversábamos, le pregunté si quería ser mi enamorada, ella aceptó; continuamos saliendo, nos dirigimos un día a la Marín luego a San Roque, **le invité a mi domicilio**

ella aceptó, tuvimos relaciones sexuales, yo nunca le obligué, fruto de nuestro amor nació nuestro hijo, tiene un año de edad. Con ella tengo una relación firme. Siempre le he querido, quiero que me ayuden a restaurar mi hogar.

A las preguntas de la defensa manifiesta: Yo le llamaba, luego nos encontrábamos en las canchas, de vez en cuando me iba a la casa donde ella; mi relación fue de enamorados; actualmente me visita donde estoy detenido, mis familiares, mi esposa y mi hijo; las visitas es de 09h00 a las 14h00." A las preguntas de la Fiscalía, contesta: Que le conoció en el bus, fue detenido un domingo, contrajo matrimonio antes de ser detenido, ella vivía conmigo antes de que se casen, siempre estuve con ella. No reconoció a su hijo por sus malos amigos, porque había otra persona. El curso en que estaba no supo; el colegio por el uniforme conoce; en la casa donde ella vivía ha visto tres niños; al padrastro le conoce de vista. Su esposa se llama NN. Le visitaba en el colegio, en la casa; la mamá no sabía nada; **5.4.2.** El testimonio propio de **LILIAN VERÓNICA CASTRO ROSERO**, quien indica que a Germán Chusin le conoce hace tres años, porque trabaja en los túneles de San Juan, a su amiga NN le conoce hace dos años y medio por un equipo de fútbol, cuando la conoció a NN le dijo que tenía 18 años, ella le creyó, es una niña inteligente, tuvieron un partido de fútbol subieron a coger el bus para regresar a casa, nos subieron al bus y estaba su amigo Germán Chusin, les presentó, ellos se hicieron amigos y no sabe nada más de ellos. A las repreguntas de la Fiscalía manifiesta: Que vive en las cuatro esquinas, NN tiene cuatro hermanos, la mamá se llama Mariana Naranjo, no le preguntó en qué curso estaba. Pero siempre le veía con el uniforme del Colegio xx, se veían en las canchas, le comunicaba el día que jugaban, desde que ella les presentó no se enteró nada, no le ha preguntado sobre la vida de ella; **5.4.3. PRUEBA DOCUMENTAL:** La defensa presenta como prueba documental a favor del acusado, lo siguiente: **5.4.3.1.** Los certificados de antecedentes penales de los nueve Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, de los que se aprecia que el acusado no tiene causa penal pendiente, ni ha sido sentenciado por delito alguno; **5.4.3.2.** La inscripción de matrimonio celebrado entre mi defendido con su cónyuge NN; **5.4.3.3.** Certificado de conducta conferido por el Centro de Detención Provisional de Quito, en el que se encuentra privado de su libertad; **5.4.3.4.** El certificado conferido por la trabajadora Social, que certifica que el acusado ha ingresado el 14 de marzo del 2011, y que durante su permanencia se advierte que es casado con NN; **5.4.3.5.** El certificado del Centro de Rehabilitación donde consta que el acusado es visitado frecuentemente por su cónyuge NN; y, **5.4.3.6.** El oficio nro. 110331-01, de 31 de marzo del 2011, conferido por el Rector de la Universidad Autónoma de Quito, del que se desprende que Germán Chusin tiene la calidad de estudiante. **5.5. DEBATE. 5.5.1.** La señora Fiscal, indica que con relación al acusado **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**, con los testimonios escuchados y prueba documental entregada se ha probado la existencia material de la infrac-

ción, que es de violación, tipificado en el art. 512 numeral 1 del Código Penal, en contra de la menor NN, perpetrado por el hoy acusado Germán Chusin; el nexa causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del hoy acusado, se probó con el testimonio de la menor de edad NN, quien a pesar de haber señalado que fue voluntario, que estaba enamorada, ha señalado que su hijo es de Germán Chusin, ella se quedó embarazada a los 13 años y que dio a luz a los 14 años, corroborado por el testimonio de la médico legista, Dra. Linda Mena. La psicóloga realizó dos exámenes a la menor, como ella indicó en su declaración, dijo que la menor tenía una personalidad histriónica, fácilmente manipulable, que mentía, que engañaba; se ha tratado de confundir señalando que el señor Chusin y la menor tenían una relación de enamorados, se casa el 24 de marzo del 2011, fue detenido con fecha 14 de marzo del 2011, tratando de beneficiar al acusado, el código expresamente señala que es violación si la niña es menor a 14 años, la víctima tenía 13 años, la cual no tenía una madurez psicológica; a esa edad las relaciones sexuales es prohibido, la madre usó la acción penal para alcanzar el matrimonio de su hija, la madre fue a la Fiscalía a decir que la niña es manipulada; por las consideraciones expuestas por la Fiscalía acusa al acusado de ser el autor del delito de violación sancionado y tipificado en el art. 512 numeral 1 del CP; por lo que solicito se dicte sentencia condenatoria en contra de Germán Chusin Lisintuña, y que se considere los arts. 35, 44 de la Constitución. Que se tome en cuenta los arts. 11 y 50 del Colegio de la Niñez y Adolescencia. **5.5.2.** El defensor del acusado **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**, manifiesta que lo dicho por Fiscalía es ajeno a los hechos, porque el sistema oral determina que la audiencia es el juicio en sí, y en la presente hemos escuchado claramente, los testimonios de NN quien en forma muy clara y detallada manifiesta las relaciones en que se encontraron con mi defendido; en forma clara, concreta y concisa manifiesta que ella le ha manifestado (**sic**) a mi defendido que tenía 18 años, cosa creíble por el cuerpo desarrollado que tiene como ustedes señores Jueces pueden apreciar, además el testimonio que rindió la amiga de Lilián Castro, a quien también le manifestó que tenía 18 años cuando se conocieron; no se puede decir que hubo violación, porque él no actuó con consciencia y voluntad, al momento de resolver solicito se considere lo que estipula el art. 4 del Código Penal, en el sentido de que existe una duda razonable y por ende no hay la suficiente certeza de que mi defendido haya cometido tal delito; NN y Germán tienen una relación bastante estrecha, es una relación de amor, desde que se conocieron hubo una atracción mutua, fruto de ello nació su hijo que va a cumplir un año; de la prueba documental se desprende que NN visita a su esposo con frecuencia, por lo que es importante que ustedes consideren el principio constitucional de la debida pena; no sería justo que se le imponga una pena a mi defendido si actualmente guarda una relación con su cónyuge e hijo, solicito se considere el art. 76, numeral 2 de la Constitución, esto es, la presunción de inocencia; durante este proceso en esta

audiencia no se consideró el reconocimiento del lugar de los hechos ya que Fiscalía no lo presentó. Que se considere el art. 29, numerales 6, 7 y 10 del Código Penal, se ha desvirtuado la acusación de la Fiscalía, en ese sentido solicito se ratifique el estado de inocencia de mi defendido, para que pueda salir, siga cursando sus estudios, siga ayudando con la paternidad de su hijo y colaborando en el desarrollo de la familia junto a su esposa NN.

VI. FUNDAMENTACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DELITO. La norma del art. 85 del Código Procesal Penal, puntualiza que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los procesados; y el art. 252 *ibídem*, determina que: “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad de los acusados se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa”. Si bien el sistema oral exige la sustentación oral de las experticias y de toda la prueba en general, no es menos cierto que las pruebas deben actuarse respecto de los hechos controvertidos y no de aquellos cuya verdad intrínseca y procesal hay consenso; excepto de los que constituyen el núcleo del tipo penal y de los hechos que por sí mismos pueden acarrear una duda razonada. Al efecto, sobre la tipificación que comporta esta conducta en sí, se debe establecer que el Tribunal no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y que deben responder a los principios generales de inmediación, concentración, contradicción y dispositivo, como manda el art. 168, ordinal 6 de la vigente Carta Suprema y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. El fin del derecho penal es imponer una pena a un individuo dentro de un procedimiento judicial plenamente establecido, que le brinde las garantías, de un proceso justo al individuo. Con respecto a la función del derecho penal es “la **protección de bienes jurídicos**”, y la “**función motivadora de la pena**”. El camino señalado por la “teoría del delito” es averiguar si la **conducta es típica (acción u omisión), antijurídica y culpable**. La primera pregunta que debemos de formularnos es, ¿existió “conducta”? La cual se entiende como un hacer o no hacer humano; si no existió conducta, no hay que preguntar más. Como segundo paso debemos de analizar si esa “conducta” concuerda con un tipo penal, es decir si es “típica”, ya sea como acción u omisión (hacer o no hacer) dicha conducta debe encajar o estar descrita en algún tipo penal. Si la conducta no encaja dentro de un tipo penal no tiene sentido seguir preguntando, por lo que se consideraría atípica. Como tercer paso debemos de preguntar si esa conducta, que es típica como (acción u omisión), tuvo algún permiso de actuar o no contraviene el sistema jurídico. Si la respuesta es positiva ya no tiene sentido seguir analizando, y, si la respuesta es negativa debemos pasar a la siguiente etapa. En cuarto lugar debemos de analizar si dicha conducta, que es típica, antijurídica se le puede reprochar al sujeto de que pudo actuar de otro modo, es decir si es considerada “culpable”. Si la respuesta es afirmativa estaremos frente a un delito ya que se dieron los 3 elementos del mismo. Y si la respuesta es, que no se le puede reprochar la

forma de actuar no habría delito. En los delitos de abuso sexual o contra la libertad sexual, el bien jurídico tutelado es la propia libertad sexual, más concretamente la capacidad de actuación sexual del sujeto pasivo, siendo por tanto, requisito sine qua non el reconocimiento del médico ginecológico legal con el que se acredite de forma fehaciente el perjuicio sexual sufrido; la partida de nacimiento de la víctima mediante la cual se establezca en forma clara e inequívoca la edad de ésta; la prueba de ADN, que demuestre la paternidad del inculpado hijo de la víctima, que sirve a la vez; para demostrar su responsabilidad en el delito de violación de la menor de edad; la declaración de la víctima que lo incrimina y describe los hechos; las pericias social y psicológica realizada a la víctima, y la pericia biológica forense. Estos elementos probatorios de la responsabilidad del inculpado **MANUEL GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA** por el delito de violación a la menor de edad NN, se encuentran debidamente acreditados e incorporados con plena observancia de las garantías constitucionales. El art. 512 del Estatuto Penal vigente, señala que: “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”, entre otros casos: “Cuando la víctima fuere menor de catorce años”; uno de los elementos típicos para que se configure este delito es la edad de la víctima que, en el caso que nos ocupa, la menor NN del causal probatorio, a la fecha de la violación se trataba de una persona menor de catorce años de edad, lo que motivó para que su progenitora **MARIANA DE JESÚS NARANJO NAVAS**, presente una denuncia en la Fiscalía por el delito de abuso sexual contra su hija menor antes mencionada, en este orden de ideas, en el caso en examen existió la relación sexual entre el acusado y la menor ofendida, resultado de este trato carnal ilegítimo el embarazo y posteriormente el nacimiento de un niño que actualmente tiene un año de edad, consecuentemente, se ha cumplido de manera incuestionable el primer presupuesto jurídico obligatorio que es la existencia material de la infracción, no obstante, en relación con la responsabilidad del acusado en el hecho fáctico expuesto por la Fiscalía, del cúmulo probatorio practicado dentro del juicio oral, se advierten los siguientes hechos: 1. Que, el acusado **MANUEL GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA**, examinado que fue en el curso del acto oral privado, bajo juramento reconoce haber tenido trato carnal con la menor víctima NN, que esta última tuvo un papel activo en los hechos siendo ella quien luego de aceptar al acusado como enamorado, aquél le invitó a su domicilio, donde tuvieron relaciones sexuales, para ello nunca le obligó, fruto de esta relación nació un hijo que actualmente tiene un año de edad, le preguntó sus nombres y la edad, asegurándole que tenía dieciocho años de edad. 2. Que, la menor de edad NN, al rendir su declaración a través de su madre en calidad de representante legal, en lo sustancial, asegura que a los 13 años se quedó embarazada y dio a luz a los catorce, le conoció al acusado cuando estaban saliendo a un partido de fútbol con su

amiga Lilia Castro, a mediados del mes de julio, su amiga le presentó a Germán Chusin, luego de lo cual él la llamó para encontrarse en la parada, le preguntó sus nombres y su edad, pero ella le mintió y afirmó que tenía 18 años de edad, empezaron a salir, fueron enamorados, le invitó a conocer su departamento, le preguntó si quería tener relaciones ella le dijo que bueno, él no la obligó, producto de este trato sexual tienen a un hijo menor y contrajeron matrimonio, el día que le detuvieron a su hoy cónyuge y acusado se encontraban viviendo juntos en San Roque, desde que se conocieron han tenido una relación de amor y por eso siguen juntos; 3. Que, la testigo **LILIAN VERÓNICA CASTRO ROSERO**, indica que conoce a Germán Chusin por el tiempo de tres años, y a su amiga NN, dos años y medio por un equipo de fútbol, cuando la conoció a NN, ésta le dijo que tenía 18 años, ella la creyó. Estos testimonios guardan absoluta coherencia entre sí y todos apuntan a establecer, en primer lugar, que efectivamente el acusado reconoce haber practicado el acto sexual con la menor agraviada NN, quien no niega su papel protagónico en el hecho fáctico que se investiga, pues, manifestó al acusado que tenía dieciocho años de edad, aseveración que creyó dada las características físicas de la aludida, lo que se corrobora además con lo declarado por la testigo LILIAN VERÓNICA CASTRO ROSERO, la que anotó igualmente que la menor decía tener la edad antes indicada, consecuentemente, de lo antes anotado se desprende con toda claridad que si bien lo actuado acredita que el acusado **MANUEL GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA** mantuvo relaciones sexuales con la menor de edad, resulta evidente que ésta última antes de tener las relaciones sexuales proporcionó a su entorno social información inexacta respecto a su edad, por tanto, es del caso estimar que la información proporcionada por la menor de edad en relación a su edad aparente resultaba verosímil en función a las características físicas de ésta; de acuerdo con el vigente derecho penal, es delito “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Este enunciado de carácter penal, debe ser integrado con elementos que resultan de otros preceptos, es decir, con los elementos del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta última, llamada el elemento subjetivo del tipo, refiere que para la imposición de una sanción penal, no es bastante la existencia de una conducta antijurídica, es decir una conducta que puede subsumirse en un tipo penal y no esté cubierta por una causal de justificación, sino que se requiere además que al acusado se pueda hacer un juicio de reproche de culpabilidad, esto es, el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida. Esta condición para la existencia del delito al sujeto que realizó un hecho dañoso pueda imputársele también subjetivamente el resultado de su acción. Existen dos formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, siendo la primera la más característica e importante. Para actuar dolosamente el sujeto debe saber que

está realizando el hecho típico, es decir, conocer los elementos del tipo. Quien desconoce las circunstancias concretas y el objeto de su acción “actúa involuntariamente”, esto es, sin dolo. El desconocimiento o falsa representación de los elementos o de uno de los elementos integrantes del tipo penal que se realiza se denomina: ERROR DE TIPO, excluye el dolo y determina su desaparición. Por las consideraciones anotadas precedentemente, el colegiado llega a la convicción que el acusado al momento de mantener relaciones sexuales con la menor de edad NN actuó en el entendido que ésta obviamente tenía dieciocho años de edad, creencia que razonablemente se sustentaba en la información que sobre éste particular le proporcionó la propia víctima, hecho que se encuentra acreditado, fundamentalmente, con lo manifestado por la indicada menor de edad, por tanto, este Tribunal juzgador entiende que en la actuación del acusado GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA, medió un falso conocimiento acerca de la edad del sujeto pasivo, elemento sustancial en la configuración del tipo atribuido al acusado, perfeccionándose de este modo lo que la doctrina ha dado en denominar “*el error de tipo*”; conviene al respecto citar al tratadista Eugenio Raúl Zafaroni, quien sobre el particular anota que “*el error de tipo*” es el fenómeno que determina la ausencia del dolo, cuando habiendo tipicidad objetiva falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, si no de su compañero de casería; quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él en la creencia que se trata de su propio abrigo; quien yace con una mujer de diecisiete años que en realidad tiene catorce años; quien cree que aplica un ungüento cicatrizante y está aplicando un ácido corrosivo que causa lesión. En todos estos casos el error ha recaído sobre uno de los requerimientos del tipo objetivo; en el primero el sujeto ignora que causa la muerte de un hombre, en el segundo que la cosa es ajena, en el tercero que la mujer tiene menos de quince años, en el cuarto que emplea un medio que causará una herida”¹. Que, **el error de tipo** al que se ha hecho referencia en el caso del acusado es de estimar que le resultaba “vencible o evitable”, pues sólo excluía el dolo y dejaba subsistente la culpa, por lo que la conducta del acusado GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA podría ser sancionada a título de culpa, en el evento de que nuestro ordenamiento jurídico penal admitiera estas figuras. Acudiendo a un ejemplo de error de tipo que nos trae la doctrina, fijaremos del siguiente modo: Si A yace con la jovencita B, creyendo que tiene 16 años de edad, en circunstancias que aún no cumple los 14 años, el dolo de la violación impropia ha de excluirse. Nada importa que A haya podido prever esa situación, pues la ley penal ecuatoriana no contempla un tipo de violación culposa. En el caso en análisis, el acusado MANUEL GERMÁN CHUSIN LISINTUÑA incurrió en un error de tipo, toda vez que creyó que

¹ Eugenio Raúl Zafaroni; Manual de Derecho Penal; Ediciones Jurídica 1994; Pág. 411.

estaba manteniendo relaciones sexuales con una joven de dieciocho años de edad. La edad del sujeto pasivo es un elemento del tipo penal por el cual la Fiscalía dedujo su acusación oficial y atendiendo a que el acusado incurrió en un error al respecto, debe excluirse el dolo porque actuó con un conocimiento falso de la edad de la víctima, por tanto el Tribunal juzgador estima que no se ha acreditado a plenitud los elementos configurantes del tipo penal, se concluye que su conducta resulta atípica y en consecuencia es necesario absolverlo de la acusación fiscal por el delito de violación de la libertad sexual en agravio de la menor de edad NN, de conformidad con los arts. 304-A, 309 y 311 del Estatuto Procesal Penal; por estas consideraciones, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia que la ley faculta y **HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha **RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA** garantizado por la Constitución de la República y puesto en duda al momento de privarle de su libertad individual, a favor del ciudadano **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**; cuyas generales de ley se encuentran consignados en esta sentencia, se dispone dejar sin efecto todas las medias cautelares dictadas en su contra con motivo de esta acción penal, debiéndose para el efecto oficiarse a las autoridades respectivas, para cuyo cumplimiento remítase los oficios correspondientes. En aplicación a lo dispuesto en el art. 309 del Código de Procedimiento Penal numeral 6.º, no se advierte una indebida actuación por parte de la señora Fiscal, así como del abogado defensor del acusado. Intervenga la señora secretaria titular de este Tribunal. **Léase y notifíquese.**

f.) **Dr. Eduardo Villagómez Vargas, Presidente. Dra. Elizabeth Martínez P., Jueza (Voto Salvado) Dr. Luis Fuentes L. Juez.**

VOTO SALVADO

Doctora Elizabeth Martínez.

TRIBUNAL SÉPTIMO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 18 de abril del 2011. Las 17h25.

VISTOS: La señora Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de Germán Manuel Chusin Lisintuña, por el delito tipificado en el art. 512, numeral 1 del Código Penal y sancionado en el art. 513 del mismo cuerpo legal. Radicada por sorteo la competencia de la causa en este Tribunal de Garantías Penales, una vez realizada la audiencia del juicio, es el estado de dictar sentencia y para hacerlo considera: **PRIMERO:** De conformidad con lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, arts. 220 y 221 numeral 1, el Tribunal es competente para conocer la causa, sustanciar la etapa de juicio y dictar la resolución que corresponda en derecho. **SEGUNDO:** En la sustanciación de la causa no se observa omisión de solemnidad sustancial que pueda influir

en la decisión, por lo que declaramos su validez. **TERCERO:** La Sra. Fiscal Dra. Mirian Escobar Pérez, ha dictado instrucción fiscal, teniendo como fundamento la denuncia presentada por Mariana de Jesús Naranjo Vargas, de la cual se colige que; en el mes de julio del 2009, NN, se ha embarcado en un bus de la Coop. Rapitrans, momentos en los que el controlador del bus Germán Chusin, se ha acercado y la ha invitado a su departamento, ubicado en el barrio de San Roque, donde le ha propuesto tener relaciones sexuales, a lo que la menor se ha opuesto, abusando Chusin, de la menor NN de trece años de edad, procediendo a tener relaciones sexuales, abusando de la inmadurez de NN, producto de las cuales ha tenido un hijo. **CUARTO:** La Sra. Fiscal actuante en la audiencia del juicio Dra. Mirian Escobar, con el objeto de comprobar la existencia material del delito y la culpabilidad del acusado introdujo como prueba de cargo, la siguiente: **4.1. El testimonio de la menor NN**, quien comparece acompañada de su madre y curadora Mariana de Jesús Naranjo, la menor al responder las preguntas formuladas por el Tribunal, responde: tuvo la relación sexual con Germán Chusin a los trece años, se quedó embarazada y dio a luz a los catorce; conoció a Germán Chusin cuando salía de un partido de fútbol con una amiga, llamada Lilia Castro, por julio, la amiga les presentó, él la llamó para encontrarse en la parada, le preguntó cómo se llamaba, la que declara le dijo que tenía 18 años, empezaron a salir, fueron enamorados, lo aceptó, siguieron saliendo, y Chusin le invitó a conocer el departamento, le preguntó si quería tener relaciones, le dijo que bueno, Germán no la obligó, producto de ello, ahora Germán es su esposo y tienen un hijo, se casaron, cuando detuvieron a Germán, vivían juntos en San Roque, están juntos desde cuando se conocieron; a las preguntas, responde que fueron enamorados por tres meses, y un mes estuvieron unidos, siempre se han querido y se lo demuestran, ha sido respetuoso, afirma que si Germán hubiese sabido que ella era menor de edad no hubiera tenido relaciones sexuales; lo visita con frecuencia en la cárcel, va con su hijo y le lleva comida, ropa y todo lo necesario; pide que no se destruya su hogar, sufriría una crisis familiar y económica, actualmente le ayudan sus suegros; tiene una relación armónica de pareja. **4.2. El testimonio de Mariana de Jesús Naranjo Vargas**, quien declara que puso una denuncia en contra de Jefferson N. porque no sabía lo sucedido, la cual desvirtuó porque NN le mintió, hasta ahora su hija la engaña, le dijo que había estado con Germán Chusin, a quien le pidió ayuda, pero no quiso, negando a su hijo, eso era en esos momentos, la hija de la declarante se casó un mes, no recuerda si se casó antes o después de estar detenido, NN decía que Germán le llamaba por teléfono, se enteró cuando ella pasaba a tercer curso, tenía trece años, le avisó la licenciada, el nieto va a cumplir un año, Germán decía que el niño no era su hijo, fue a la casa, luego que declara fue a verle, pero no lo encontraba. Le dijo a Chusin que tiene que ser un buen hombre para ser su yerno, iba a verle a la casa a su hija, pero so sabía que era enamorado; NN le pedía permiso, se han sabido ver en las canchas,

el chico quiso reconocerle al niño, pero ya fue tarde. **4.3. El testimonio de la Dra. Martha Ortega Garrido, quien declara que realizó la evaluación psicológica de la menor NN**, quien le refirió haber sido abusada sexualmente por el padre del menor, el 8 de marzo, también le refirió acerca de Jefferson, quien era su enamorado, que se fue al cuarto de la hermana de este, le dijo que haga una prueba, le reclamó y al insistir nuevamente tuvo relaciones, luego dijo que no la conoce ni la ha visto; NN le dijo a la que declara, que era enamorada de Germán Chusin, con quien había mantenido relaciones sexuales por dos ocasiones, dio un relato confuso, al confrontarla, que porqué dice primero una cosa y luego otra, NN tenía llanto fácil; en conclusiones de su primera evaluación, afirma que la menor tiene tendencia a mentir, inventar cosas, así es su personalidad, es una forma de llamar la atención, usan la intención suicida para manipular, lo cual es más usual en las mujeres que en los varones, son extrovertidas, coquetas, en este caso tiene rasgos de personalidad histriónica, es fácilmente manipulable, tiene tendencias fantasiosas; le refirió que tuvo relaciones con un chico antes y luego con Chusin, el controlador del bus, en San Roque, al inicio no quiso, luego sí, y se quedó embarazada, le dijo preocuparse por ser madre soltera; asegura que NN no tiene trastornos de la personalidad, porque en la adolescencia está en transición, sobre los rasgos histriónicos, afirma que se dan en la adolescencia, el temperamento es genético y se va modificando, en esa edad no se puede definir una personalidad, necesita terapia familiar, el problema es familiar, necesita trabajar vínculos, su realidad crea esquemas, afirma no ser hija de quien la reconoció, necesita tratamiento con enfoque profundo; se ratifica en el informe y reconoce la firma. **4.4. El testimonio de la Lcda. Mónica Montserrat Torres**, quien declara que realizó la investigación del entorno social de la menor NN, hizo entrevistas, se acercó a la familia, son seis miembros: padre y madre. NN es la primera, todos los hijos están en la etapa escolar, estaban arrendando, la menor estaba embarazada, le dijo a la que declara que tenía ocho meses de embarazo, a esa fecha le dijo que el padre era Jefferson Burbano, la adolescente le ratificó el nombre de Jefferson; le refirió acerca de dos encuentros, que habían entrado y que eran enamorados, que le había llevado a la casa de la madre en el cuarto de la hermana; en su investigación no está el nombre de Germán Chusin; se ratifica en el informe y reconoce la firma. **4.5. El testimonio de la Dra. Linda Mena Álvarez**, quien declara que realizó el examen ginecológico de NN el día 10 de febrero del 2010, la menor tenía 14 años, le refirió a la declarante que en agosto del 2009, tuvo relaciones sexuales con Jefferson Burbano, la chica acudió con la madre, le entregó un eco para que adjunte al informe, donde diagnostican embarazo de 35 semanas, las conclusiones las detalla en su informe, en el que se ratifica y reconoce la firma. **4.6. El testimonio de la tecnóloga Gisella Fiallos Noroña**, quien declara que trabaja en el Laboratorio de ADN de la Fiscalía, y realizó una prueba de paternidad, se presentó el Sr. Germán Chusin y NN, al realizar la comprobación de la prueba del

padre, genéticamente el 50% es de la madre y el 50% del padre, el resultado dio que, Germán Chusin es el padre del menor conforme el resultado el 99,9 % de probabilidad, él es el padre biológico, presenta como prueba documental, la partida de nacimiento de NN, el informe de nacido vivo del hijo, de NN, copia certificada del documento de la Maternidad Isidro Ayora. Se ratifica en su informe y reconoce la firma. **QUINTO: 5.1. Germán Manuel Chusin Lisintuña, acusado, rindió testimonio**, declara que hace dos años conoció a su esposa, el que declara laboraba en un bus de Rapi-trans, en la parada del Condado se subió NN con Lilia Castro, quien les presentó, le pidió el número de celular, después de unos días le llamó, y le invitó a la parada de la planada, ella fue, conversaron, le preguntó los nombres, cuántos años tenía, dijo 18, le platicó que estudia, comenzaron a salir, le llamaba, conversaban, le preguntó si quiere ser su enamorada, ella aceptó, continuaron saliendo, se dirigieron a la Marín, luego a San Roque, le invitó al domicilio del declarante, ella aceptó, tuvieron relaciones sexuales, él nunca le obligó, fruto de ese amor nació un hijo, que tiene un año de edad, con ella tiene una relación firme, siempre le ha querido, pide que se le ayude a restaurar su hogar; a las preguntas, responde que él llamaba a NN, se veían en las canchas a veces iba a la casa de ella, tenían relación de enamorados, actualmente le visitan sus familiares, esposa e hijo; en la Fiscalía dijo que la conoció en el bus por recomendación de amigos, para que no le acusen, fue detenido un domingo, contrajo matrimonio antes de ser detenido, ella vivía con él, antes de casarse; no reconoció a los hijos por los malos amigos, y había "otra persona"; no sabe en qué curso estaba NN, conoce el uniforme del colegio. **SEXTO:** La defensa del Sr. Germán Chusin, presentó el testimonio de **6.1. Lilian Verónica Castro Rosero**, quien declara que conoce a Germán Chusin desde hace tres años, porque trabaja en los túneles de San Juan, a NN la conoce hace dos años y medio por un equipo de fútbol, NN le dijo que tenía 18 años cuando se conocieron con la que declara, le creyó pues es una niña inteligente, tuvieron un partido y subieron a coger el bus para ir a la casa, se subieron al bus y estaba el amigo Germán, se hicieron amigos y no sabe más de ellos; afirma que vive en las cuatro esquinas, conoce a la madre y hermanos de NN, se veían en la calle, NN vestía con el uniforme del Colegio Andrés Bello; solía decirle a NN cuando jugaban, no sabe de ellos ni de la vida de NN. **SÉPTIMO:** De las actuaciones probatorias practicadas en la audiencia del juicio, deviene que la existencia material de la infracción y la culpabilidad de Germán Manuel Chusin Lisintuña, están probadas con: el testimonio de los especialistas: Martha Ortega, Linda Mena, Mónica Torres y Gisella Fiallos, quienes examinaron a NN a nivel ginecológico, psicológicamente y la prueba del ADN que es irrefutable, Germán es padre del hijo de NN, son los dos sus padres biológicos, los especialistas valoraron y examinaron a la menor y a su familia, denotándose un cuadro clínico de inseguridad, propio de su edad, NN les refiere a todos ellos, especialistas, haber mantenido relaciones con Jefferson N. y luego con

Germán Chusin, el hecho de llevar a una menor a su departamento, es hecho repudiable, Chusin actúa con abuso de sus facultades de mayor de edad, maquina, planifica y ejecuta su acción delictiva. El testimonio de Germán Chusin, es evasivo, no logra desvirtuar las graves acusaciones, por lo analizado y acogiendo la acusación del Fiscal este Tribunal Pluripersonal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, dicta sentencia condenatoria en contra de **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA**, ecuatoriano, cédula nro. xx, de 21 años, casado, estudiante, domiciliado en San Roque, antes de su detención y actualmente en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, en calidad de **AUTOR**, responsable del delito tipificado y sancionado en el art. 512, numeral 1 y sancionado por el art. 513 del Código Penal lo que le impone la pena de **DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL**. Se le descontará el tiempo que por esta causa se encuentre detenido. Con daños y perjuicios. **Léase y notifíquese.**

f.) **Dr. Eduardo Villagómez, Presidente. Dra. Elizabeth Martínez, Jueza Segunda. Dr. Luis Fuentes López, Juez Tercero.**

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio nro. 2011-0238

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. SEGUNDA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, miércoles 20 de julio del 2011. Las 14h50.

VISTOS: Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el 18 de abril de 2010, las 17h25, dentro de la causa penal nro. 036-2011, que sigue por violación en voto de mayoría, ratifica el estado de inocencia de Germán Manuel Chusin Lisintuña, sentencia de la que la doctora Mirian Escobar Pérez Fiscal Especializada en Violencia Sexual e Intrafamiliar, interpone recurso de apelación. Con tal antecedente, siendo el estado de la causa el de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO:** La Sala, es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación, en virtud del sorteo legal, conformidad (**sic**) a lo dispuesto en el art. 343 numeral 2, del Código de Procedimiento Penal; y, art. 208 numeral 1, del Código Orgánico de Función Judicial. **SEGUNDO:** En la tramitación de la presente causa se ha observado el debido proceso, respetando las garantías constitucionales legales, por lo que se declara su validez. **TERCERO:** La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por Mariana de Jesús Naranjo Vargas, quien en lo principal dice, que en el mes de julio de 2009, NN se ha embarcado en el bus de la Coop. Rapi-trans, momentos en los que el controlador del bus Germán Chusin, se ha acercado y la ha invitado a su departamento, ubicado en el barrio de San Roque, donde le ha propuesto tener relaciones sexuales, a lo que la menor se ha opuesto, abusando Chusin de la menor de NN de trece años de edad, procediendo a

tener relaciones sexuales, abusando de la inmadurez de NN, producto de las cuales ha tenido un hijo. **CUARTO:** Fiscalía fundamenta su recurso alegando en lo principal que: "... Dentro de la Audiencia de Juzgamiento, se probó mediar prueba testimonial y documental de manera fehaciente la existencia mater de la infracción que en el presente caso es el delito de violación, como responsabilidad del acusado señor GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA, decirse probó el nexo causal existente entre la materialidad de la infracción la conducta típica y antijurídica del acusado, por lo que la Fiscalía solicitó al Tribunal se declare la culpabilidad del acusado y dicte sentencia condenatoria en contra del señor **GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA** como autor del delito de violación, tipificado en el art. 512 numeral 1, en concordancia del art. 513 del Código Penal. Como pruebas testimoniales y documental Fiscalía presentó la siguiente: 1. *El testimonio de la menor NN, (...)* 2. *El testimonio propio de Mariana de Jesús Naranjo (...)* 3. *El testimonio propio de la Dra. MARTHA ORTEGA GARRIDO (...)* 4. *Testimonio propio de MÓNICA MONSERRAT TORRES (...)* 5. *El testimonio propio de LINDA MENA ÁLVAREZ (...)* 6. *El testimonio propio de GISEL FIALLOS NOROÑA, (...)* 7. *La partida de nacimiento de la menor de NN, (...)* 8. *El informe estadístico de nacido vivo del hijo de NN, (...)* 9. *Copia certificada de la certificación extendida por la maternidad Isidro Ayora; de parte del Acusado se presentó la siguiente prueba: 1. Testimonio rendido por el acusado Germán Manuel Chusin Lisintuña (...)* 2. *El testimonio propio de LILIAN VERÓNICA CASTRO ROSE-RO (...)* 3. *Certificados de antecedentes penales de los nueve Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, de los que se aprecia que el acusado no tiene causa penal pendiente, ni ha sido sentenciado por delito alguno; 5.4.3.2. La inscripción de matrimonio celebrado NN y el acusado (...)* Los señores Jueces, en la sentencia de mayoría manifiestan, que se ha cumplido de manera incuestionable el primer presupuesto jurídico obligatorio que es la existencia material de la infracción, que no obstante en relación de la responsabilidad del acusado en el hecho fáctico expuesto por la Fiscalía, (...) Por lo expuesto, en la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales, no se valoraron las pruebas en su conjunto, por tanto carece de motivación, en razón de que la valoración absurda, constituye, trasgresión del mandato constitucional de motivación de la sentencia que está consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, ya que al no valorar la prueba, o hacerlo violando las reglas de la lógica, priva a la resolución de una motivación válida. Además al momento de resolver el Tribunal no tomó en cuenta lo dispuesto en los arts. 35, 44, 66 numeral 3, literales a y b, 424 de la Constitución de la República; normas que otorgan atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado para los niños y adolescentes, normas que reconocen el interés superior de los niños y adolescentes, que garantizan el derecho a la integridad física y psíquica y sexual de las personas; los arts. 11, 14, 50, 258 del Código de la Niñez y Adolescencia; art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del cual el Ecuador es parte..." (las cursivas son nuestras). **QUINTO:** Con los

antecedentes expuestos, es necesario examinar si las pruebas actuadas en esta causa se han practicado respetando los principios constitucionales del debido proceso, puesto que toda persona procesada puede ser penada sino mediante una sentencia ejecutoriada, declarándose su responsabilidad luego de probarse los hechos en un juicio sustanciado que respete los principios mencionados en la Constitución y en el presente caso en el Código de Procedimiento Penal. Es pertinente analizar las actuaciones probatorias en las que se fundamenta la resolución del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha: **1. PRUEBAS ACTUADAS POR FISCALÍA:** **a) Testimonio de la víctima NN**, comparece acompañada de su madre y curadora Mariana de Jesús Naranjo, dice, que tuvo relaciones sexuales con Germán Chusin a los trece años, que quedó embarazada y dio a luz a los catorce, que conoció a Germán Chusin cuando salía de un partido de fútbol, que él la llamó para encontrarse en la parada, que le preguntó cómo se llamaba, que le dijo a Germán Chusin, que tenía 18 años, que empezaron a salir, que fueron enamorados, que siguieron saliendo, que Germán Chusin le invitó a conocer el departamento, que le preguntó si quería tener relaciones, que le dijo que bueno que Germán no la obligó, que producto de ello ahora Germán es su esposo y tienen un hijo, que se casaron, cuando detuvieron a Germán, vivían juntos en San Roque, que están juntos desde cuando se conocieron, que fueron enamorados por tres meses, que un mes estuvieron unidos, que siempre se han querido, que lo visita con frecuencia en la cárcel, que va con su hijo le lleva comida, ropa y todo lo necesario; pide que no se destruya su hogar, sufriría una crisis familiar y económica, actualmente le ayudan sus suegros y tiene una relación armónica de pareja; **b) Testimonio de Mariana de Jesús Naranjo Vargas**, en lo principal dice, que denunció a Jefferson Burbano, porque no sabía lo sucedido, la cual desvirtuó porque NN le mintió, que le dijo que había estado con Germán Chusin, a quien le pidió ayuda, pero no quiso, negando a su hijo, que su hija se casó con el procesado Germán Chusin, que no recuerda si se casó antes o después de estar detenido, que NN decía que Germán le llamaba por teléfono, que Germán decía que el niño no era su hijo, que se han sabido ver en las canchas, que Germán Chusin quiso reconocerle al niño, pero ya fue tarde; **c) Testimonio de la Dra. Martha Ortega Garrido**, en lo principal dice, que practicó la evaluación psicológica a la menor NN, quien le refirió haber sido abusada sexualmente por el padre del menor, el 8 de marzo, también le refirió acerca de Jefferson, quien era su enamorado, que se fue al cuarto de la hermana de éste, le dijo que haga una prueba, le reclamó y al insistir nuevamente tuvo relaciones, NN le dijo que era enamorada de Germán Chusin, con quien había mantenido relaciones sexuales por dos ocasiones, que dio un relato confuso, que en las conclusiones de su primera evaluación, afirma que la menor tiene tendencia a mentir, inventar cosas, que así es su personalidad, que es una forma de llamar la atención, que usa la intención suicida para manipular, lo cual es más usual en las mujeres que en los varones, que le dijo que tuvo relaciones con un chico antes y

luego con Chusin, el controlador del bus, en San Roque, al inicio no quiso, luego si, y se quedó embarazada, le dijo preocuparse por ser madre soltera; que NN no tiene trastornos de la personalidad, porque en la adolescencia está en transición, sobre los rasgos histriónicos, afirma que se dan en la adolescencia; **d) Testimonio de la Lcda. Mónica Montserrat Torres**, dice que realizó la investigación del entorno social de la menor NN, hizo entrevistas, se acercó a la familia, que son seis miembros, padre y madre, que NN es la primera, todos los hijos están en la etapa escolar, que la menor estaba embarazada, que le dijo que tenía ocho meses de embarazo a esa fecha que el padre era Jefferson Burbano, que la adolescente le ratificó el nombre de Jefferson, que eran enamorados con Jefferson, que en su investigación no está el nombre de Germán Chusin; que se ratifica en el informe y reconoce la firma, **e) Testimonio de la Dra. Linda Mena Álvarez**, quien en lo principal dice, que practicó el examen ginecológico a NN el día 10 de febrero de 2010, que la menor tenía 14 años, que NN le dijo que en agosto de 2009, tuvo relaciones sexuales con Jefferson Burbano, que le entregó a NN el eco para que adjunte al informe en el cual se diagnostica su embarazo de 35 semanas, que se ratifica y reconoce la firma del referido informe; **f) Testimonio de la Tecnóloga Gisella Fiallos Noroña**, quien en lo principal dice, que realizó la prueba de paternidad, que al realizar la comprobación de la prueba del padre, genéticamente el 50 % es de la madre y el 50% del padre, el resultado dio que, Germán Chusin es el padre del menor conforme el resultado el 99,99 % de probabilidad él es el padre biológico, que se ratifica en su informe. **2. PRUEBAS APORTADAS POR GERMÁN MANUEL CHUSIN:** **a) Testimonio del acusado Germán Manuel Chusin**, quien en lo más importante dice, que hace dos años conoció a su esposa, que laboraba en un bus de Rapitrans, que en la parada del Condado se subió NN con Lilia Castro, quien les presentó, que NN le dijo que tenía dieciocho años, que comenzaron a salir, que eran enamorados, que tuvieron relaciones sexuales, que él nunca le obligó, que fruto de ese amor nació un hijo que tiene un año de edad, que contrajo matrimonio con NN, antes de ser detenido, que NN vivía con él antes de casarse; **b) Lilian Verónica Castro Rosero**, dice en lo principal que conoce a Germán Chusin, que a NN la conoce hace dos años y medio que NN le dijo que tenía 15 años cuando la conoció, que le creyó pues es una niña inteligente; **c) Certificados conferidos por los nueve Tribunales de Garantías Penales de Pichincha**, (fs. 53 a 61 vta.) acreditan que Germán Chusin, no tiene causa penal, ni ha sido sentenciado por delito alguno. **SEXTO:** En la audiencia oral, pública y contradictoria llevada a efecto el 23 de julio de 2010, las 09h24, Fiscalía en su calidad de impugnante formuló las siguientes alegaciones; que Fiscalía probó su teoría del caso, en la audiencia de juzgamiento, mediante prueba testimonial y documental, que conoció del hecho de violación por denuncia de la madre, de la menor NN, en contra del señor Burbano y luego fue vinculado el señor Chusin, con base al examen de ADN y de la versión de la menor y la madre, la Fiscalía acusó, la doctora Martha Ortega

practicó el examen psicológico ante quien la menor dice fue violada sexualmente que en el testimonio de la trabajadora social, dice que la menor le refirió que fue abusada sexualmente, la perito Linda Mena, dice también que la menor fue violada sexualmente, que se presentó como prueba la partida de nacimiento de la menor, la partida de matrimonio, que al señor Chusin le detienen el 14 de marzo de 2009, que le hacen casar el 26 de marzo del mismo año posterior a la detención, que el tribunal resolvió por haber error de tipo por cuanto el acusado desconocía uno de los elementos del tipo penal, que el señor Jefferson Burbano nunca fue responsable, que la Fiscalía probó el nexo causal entre el delito y la conducta típica, no existe motivación por no haberse valorado las pruebas, que el procesado tiene nivel superior universitario, que hubo el delito y se trata de ocultar. Por lo expuesto solicita se revoque la sentencia. La defensa del procesado por su parte formuló las siguientes alegaciones, que a la Fiscalía le faltó investigación, que al principio se acusó al señor Jefferson Burbano, que no investigó al autor de la primera relación, así consta de autos, la resolución dada por el tribunal está apegado a lo justo, no se puede acusar a Chusin, lo que hizo la madre de la ofendida quien conocía de la primera relación de la chica. Por todo lo expuesto solicita se ratifique la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha. **SÉPTIMO:** De conformidad al art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del acusado, por su parte el art. 252 *ibídem*, dispone que, la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad de los acusados se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales. El proceso penal tiene por finalidad la práctica de los actos procesales necesarios para llegar a la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del procesado, para según corresponda condenarlo o declarar su estado de inocencia. Examinado el expediente se establece, que la sentencia de mayoría reconoce el estado de inocencia en favor del procesado, Germán Manuel Chusin Lisintuña, bajo el argumento de haber incurrido en error de tipo, al haber sido engañado por la menor NN, quien según su propio testimonio le manifestó que tenía dieciocho años cuando la conoció; sin embargo, se debe tener en cuenta al respecto que el error de tipo, consiste en "...la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo..." debiendo al respecto tener en cuenta de acuerdo con nuestra legislación la ley se entiende conocida por todos y su ignorancia no es motivo de excusa por tanto, resulta improcedente la motivación de mayoría basada en el error de tipo, tanto más que no se halla expresamente contemplado en nuestra legislación penal, por lo que esta Sala, considera que la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, carece de valoración de las constancias probatorias, por las siguientes consideraciones: En el caso que se juzga se establece que, el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, mantuvo relaciones se-

xuales con NN, cuando tenía trece años de edad, que consecuencia de dichas relaciones quedó embarazada, habiendo procreado un hijo, lo que se halla probado conforme a derecho con la prueba de paternidad (ADN) el cual señala que el padre del menor, es el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, ratificado por el testimonio rendido por la tecnóloga Gisella Fiallos Noroña, consecuentemente, se ha comprobado la existencia material de la infracción; de los testimonios rendidos por la ofendida NN, doctora Martha Ortega Garrido, y del testimonio del sentenciado Germán Manuel Chusin Lisintuña, se comprueba que éste último, mantuvo relaciones sexuales con la menor NN, argumentando que nunca la obligó, que cuando la conoció le dijo que tenía dieciocho años, lo cual también lo reconoce la ofendida; sin embargo, esta circunstancia no se halla justificada en la causa conforme a derecho. Por el contrario con los testimonios precedentes, se ha comprobado la responsabilidad penal de Germán Manuel Chusin Lisintuña, en el ilícito materia de esta causa penal, por cuanto ha adecuado su conducta al tipo penal de violación tipificado y sancionado por el art. 512 numeral 1 del Código Penal que al respecto dispone: "...*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...*" (las cursivas son nuestras). Por lo expuesto, la Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, revoca la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, y en su lugar condena al acusado GERMÁN MANUEL CHUSIN LISINTUÑA, cuya condición y más generales de ley constan de autos, a la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA como autor del delito tipificado y sancionado por el art. 512 numeral 1 del Código Penal, misma que la cumplirá en uno de los Centros de Rehabilitación Social de esta ciudad de Quito. Oficiese a las autoridades policiales a fin de que procedan a la localización y privación de la libertad del prenombrado ciudadano. Por cuanto de autos se establece que el ciudadano Jefferson Burbano, habría incurrido en el presunto delito de violación al mantener relaciones sexuales con la menor de trece años NN, conforme consta de los testimonios de la doctora Martha Ortega Garrido, licenciada Mónica Monserrat Torres, doctora Linda Mena Álvarez, esta Sala, ordena a Fiscalía realice una exhaustiva investigación al ciudadano Jefferson Burbano, para lo cual se oficie a la Fiscalía General, para hacer conocer este particular. Actúe el Dr. Marcelo Totoy Toledo, en su calidad de secretario encargado de la Sala. El señor actuario obtenga copia de la presente sentencia para el archivo de la Sala. **Notifíquese.**

f.) **Dr. Alfredo Albuja Chavez, Presidente. Dr. Jaime Santos Basantes, Juez. Dra. Mara Iris Valdivieso S. Conjuenza.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio nro. 636-2011 VR

Juez Ponente: Doctor Vicente Robalino Villafuerte.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. Quito, marzo 12 de 2013. Las 08h30.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, con el voto salvado de uno de sus integrantes, dictó sentencia ratificando el estado de inocencia del señor Germán Manuel Chusin Lisintuña.

La doctora Mirian Escobar Pérez, Fiscal de la Unidad Especializada de Violencia Sexual e Intrafamiliar de Pichincha presentó recurso de apelación. La Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha revocó la sentencia venida en grado y condenó al procesado a la pena privativa de libertad de 8 años de reclusión mayor extraordinaria, como autor del delito tipificado y sancionado por los artículos 512.1 y 513 del Código Penal. El sentenciado interpuso oportunamente recurso de casación.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Este Tribunal de casación avocó conocimiento del proceso en providencia de 26 de noviembre de 2012, a las 08h30.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a las Juezas ni al Juez que lo integramos. El señor doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, actuó en la audiencia de fundamentación del recurso en licencia de la señora Jueza Nacional doctora Ximena Vintimilla Moscoso.

3. DEL TRÁMITE.

Por la fecha en la 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 fundamentado en audiencia oral, reservada y de contradictorio.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

4.1. El recurrente manifestó que:

i. Se trata de un caso de error de tipo ya que la señorita NN, dio su aceptación expresa al engañar sobre su edad al procesado.

ii. "Rogaría al honorable tribunal de esta Sala que se digne solo revisar lo estipulado en la página 178 de la causa mediante la cual NN, la supuesta agraviada, manifiesta que en la presente causa, ella tuvo relaciones sexuales por su libre voluntad, que ella aceptó ante una propuesta amorosa que le hizo el señor Germán Chusin, ante una aceptación tan expresa de una supuesta agraviada de tener relaciones sexuales, ¿Cómo podíamos estar hablando de violación? Ruego al tribunal que solo revise la página 178 de la causa y ustedes podrán darse cuenta cómo se produjeron los hechos, de lo injusto que es la sentencia impuesta a Germán Chusin..."

4.2. Sobre la exposición de la Fiscalía:

Antes de anotar lo expuesto en lo principal por la Fisca-

lía General del Estado, cabe reflexionar sobre la presentación realizada en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, por su delegado cuando dijo: "Si me permite señor presidente con su venia hacer la exposición en dos sentidos, uno como José García Falconí y otra como representante de la Fiscalía General del Estado... Como persona, como José García Falconí, estoy de acuerdo que se produjo un error de prohibición y así lo he manifestado en múltiples trabajos, que he escrito, pero como representante de la Fiscalía General del Estado, considero que se debe rechazar el recurso de casación interpuesto." A propósito de esta particular forma de representar a la Fiscalía cabe indicar que:

1. La Constitución de la República del Ecuador ordena:

"Art. 195. La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. **De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.** Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley". (las negrillas son nuestras).

Sobre los roles de los sujetos procesales y en particular la parcialidad del o (**sic**) de la Fiscal la ex - Corte Constitucional para el Período de Transición en la sentencia 004-10-SCN-CC dictada en el caso 0025-09-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 159 de 26 de marzo de 2010, dijo:

El sistema penal acusatorio está caracterizado porque la titularidad de la acción corresponde a la sociedad mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano, lo cual se hace a través del Ministerio Público (Fiscalía). El proceso es como un duelo entre el acusador y el acusado, en el que el juez permanece inactivo. La etapa contradictoria del juicio se debe realizar con igualdad absoluta de derechos y armas entre acusador y acusado;...

El papel del Fiscal.

El artículo 195 de la Constitución de la República establece: (...)

Sin perjuicio de lo manifestado, y en razón de que el proceso penal además de ser acusatorio es adversarial, lo que precisamente convierte al Fiscal en un sujeto procesal que actúa en representación de la sociedad, implica que al ser parte activa y necesaria del proceso, tiene interés en los resultados finales del mismo, lo cual demanda que en su actuación, tanto las normas como los jueces de

garantías penales **propendan a la existencia de la denominada “igualdad de armas”, tanto para el ejercicio de la acción penal, cuanto para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (...).**

En el proceso penal, el juez es el único que debe y tiene que ser imparcial, **mientras que el fiscal, cuando exhibe una pretensión punitiva, carece de una total imparcialidad, ya que es de naturaleza humana que se reconozca como correcta su posición frente al problema concreto respecto del cual ha tomado partido, es decir, que adopte una posición definida,** y quien ha adoptado tal posición no puede ser objetivo. En palabras del maestro Carnelutti, se puede afirmar que: “Es inconcebible la naturaleza de parte con una posición neutral” (las negrillas son nuestras).

2. Sin embargo de lo dicho en la norma Constitucional y lo interpretado por la ex - Corte Constitucional, la intervención del representante de la Fiscalía resultó contradictoria, con la propia Fiscalía, y no definida, por lo que en aplicación de Principios como el del interés superior del niño, la doctrina de la protección integral; y, de la univocidad, no puede admitirse que:

- Se haya presentado como en dos personas distintas, una como sujeto procesal en tanto representante de la Fiscalía y otra como una persona que no es sujeto procesal, que sostiene lo contrario a la propia Fiscalía, lo que no es admitido en el proceso penal puesto que vulneraría principios del debido proceso como la defensa, igualdad de armas, y la legalidad; y,

- El mismo sujeto procesal, único e indivisible llamado Fiscalía, exponga dos posiciones diferentes, al argumentar en favor del recurrente y al mismo tiempo solicitar se rechace el recurso, teniendo por lo tanto, una Fiscalía que durante el proceso sostuvo la existencia y responsabilidad del sentenciado, interponiendo el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, emitida por la primera instancia, y otra Fiscalía que en la audiencia de casación argumenta tanto a favor de una eximente de responsabilidad como porque se rechace el recurso.

En todo caso, esta sentencia se referirá tanto a la escasa argumentación de la defensa técnica del recurrente como a la extensa exposición de la Fiscalía.

4.3. La Fiscalía manifestó fundamentalmente, que:

i. El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 18 de abril de 2011 dictó sentencia motivada por mayoría, en la que reconoce y ratifica la inocencia del ciudadano Germán Chusin. La Fiscalía interpuso recurso de apelación, y la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, con fecha 20 de julio de 2011, lo aceptó, por considerar que existió el delito de violación tipificado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, e impuso al señor Germán Chusin, la pena de 8 años de reclusión mayor extraordinaria, toda vez que consideró que la adolescente NN tenía 13 años de edad al momento de mantener relaciones sexuales, de esta sentencia interpuso recurso de casación,

señalando en la parte pertinente que la supuesta víctima era mayor de 18 años, invocando de esta manera el error de tipo.

ii. “Estamos en un Estado constitucional de derechos y justicia, se debe aplicar la teoría del finalismo, y no la teoría del causalismo, de tal manera que procedería el error de prohibición. En el presente caso consta la declaración, el testimonio, de la adolescente NN, quien tiene 13 años de edad, y dice engañó al hoy recurrente al manifestar que tenía 18 años de edad para tener relaciones sexuales, quedó embarazada, luego de lo cual contrajo matrimonio, sin embargo de lo cual aplicando la teoría del causalismo, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha establece que se ha cometido el delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal y le impone la pena de 8 años de reclusión”.

iii. “El recurso extraordinario, que tiene su fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. En el presente caso no se ha cumplido con la fundamentación, sin embargo el recurso de casación en materia penal, tiene la posibilidad de ser aplicado de oficio, de acuerdo a lo que señala el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal.”.

iv. “La Fiscalía tiene la posición de que cuando se tiene relaciones sexuales con una persona menor de 14 años se comete el delito de violación, sin embargo, tanto el señor abogado, como la parte recurrente, como la Fiscalía, nos podemos equivocar en el derecho, pero ustedes señores jueces, tienen el principio iura novid curia, ustedes tienen el poder de administrar justicia a nombre de la sociedad ecuatoriana, solicito de la manera más respetuosa, hagan justicia en el presente caso”.

v. “Señores jueces, lo que busca la nueva justicia es la paz social, se conseguirá la paz social en este caso ratificando la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, o tal vez permitiremos en un supuesto caso de que se case la sentencia en atención a lo sujetado por el recurrente, manifestar que una vez que se cometa esta clase de ilícitos con el matrimonio posterior, se subsane esta clase de circunstancias.”

Solicita al Tribunal, se rechace el recurso de casación interpuesto por el sentenciado.

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 integridad, 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. Los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo de atención prioritaria, por lo que el Estado deberá tomar las medidas necesarias para protegerlos y atenderlos contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones, en el marco de la protección integral, conforme lo garantizan los artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la República.

5.4. 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 ex - Corte Constitucional para el período de transición nro. 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 01 de junio de 2009.

5.5. Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional para el período 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 de 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 los mismos hechos etc."

5.6. Sobre la motivación la Corte Constitucional para el período 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 expone 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.

5.7. 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).

5.8. 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.

5.9. 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.

5.10. 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)²

6. SOBRE LA MATERIA DEL RECURSO:

El recurrente reprocha la sentencia en tanto considera que hubo error de tipo, en tanto la Fiscalía ha planteado que existió error de prohibición.

El Tribunal de casación considera al respecto:

i. La casación no es un nuevo examen de la prueba actuada en juicio, por lo que no está permitido a este Tribunal de

² La ex - Corte Constitucional para el Período 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 inmediación." Sentencia 003-09-SEP-CC, Caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009. La actual Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia nro. 001-13-SEP-CC del caso nro. 1647-11-EP ha dicho: "La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar sí en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma... Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informe periciales, o la procedencia y valoración de la prueba, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1..."

casación, que no participó de la audiencia de juzgamiento en la que hubo inmediación entre sujetos procesales y juzgador, analizar lo que presenció el juez pluripersonal del juicio, sin embargo sí corresponde en esta instancia analizar la construcción del razonamiento del juzgador de apelación a fin de determinar si hubo error de tipo o error de prohibición, que se alega.

ii. La sentencia reprochada determina: “SÉPTIMO: De conformidad al art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado, por su parte el art. 252 íbidem, dispone que la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad de los acusados se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales. El proceso penal tiene por finalidad la práctica de los actos procesales necesarios para llegar a la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del procesado, para según corresponda condenarlo o declarar su estado de inocencia. Examinado el expediente se establece, que la sentencia de mayoría reconoce el estado de inocencia en favor del procesado, para según corresponda condenarlo o declarar su estado de inocencia. Examinado el expediente se establece, que la sentencia de mayoría reconoce el estado de inocencia en favor del procesado, Germán Manuel Chusin Lisintuña, bajo el argumento de haber incurrido en error de tipo, al haber sido engañado por la menor NN, quien según su propio testimonio le manifestó que tenía dieciocho años cuando la conoció; sin embargo se debe tener en cuenta al respecto que el error de tipo, consiste en “...la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo...” debiendo al respecto tener en cuenta de acuerdo con nuestra legislación la ley se entiende conocida por todos y su ignorancia no es motivo de excusa por tanto, resulta improcedente la motivación de mayoría basada en el error de tipo, tanto más que no se halla expresamente contemplado en nuestra legislación penal, porque lo que esta Sala, considera que la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, carece de valoración de las constancias probatorias por las siguientes consideraciones: En el caso que se juzga se establece que, el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, mantuvo relaciones sexuales con NN, cuando tenía trece años de edad, que consecuencia de dichas relaciones quedó embarazada, habiendo procreado un hijo, lo que se halla probado conforme a derecho con la prueba de paternidad (ADN) el cual señala que el padre del menor, es el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, ratificado por el testimonio rendido por la tecnóloga Gisella Fiallos Noroña, consecuentemente, se ha comprobado la existencia material de la infracción; de los testimonios rendidos por la ofendida NN, doctora Martha Ortega Garrido, y del testimonio del sentenciado Germán Manuel Chusin Lisintuña, se comprueba que éste último mantuvo relaciones sexuales con la menor NN, argumentando que nunca la obligó, que cuando la co-

noció le dijo que tenía dieciocho años, lo cual también reconoce la ofendida; sin embargo, esta circunstancia no se halla justificada en la causa conforme a derecho. Por el contrario con los testimonios precedentes, se ha comprobado la responsabilidad penal de Germán Manuel Chusin Lisintuña, en el ilícito materia de esta causa penal, por cuanto ha adecuado su conducta al tipo penal de violación tipificado y sancionado por el art. 512 numeral 1 del Código Penal que al respecto dispone ‘... *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...*’ (las cursivas son nuestras)

iii. Sobre el principio “iura novit curia”, invocado por la Fiscalía para plantear el error de prohibición en el presente caso. El principio “iura novit curia” se traduce en que el juez conoce los derechos. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en el principio iura novit curia para aplicar un derecho no invocado o distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa. En Ecuador este principio está reconocido por el artículo 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”.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 140 establece: “La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

En el presente caso fue precisamente la aplicación del principio iura novit curia lo que permitió que la Sala de apelaciones pudiera reflexionar sobre la aplicación de la norma referente a la tipificación de la violación, en personas menores de 14 años de edad. Por otro lado la aplicación de este principio no implica la vulneración de norma expresa por lo que mal podría haberse ignorado lo que prescribe el Código Penal vigente, en cuanto a que la ley se presume conocida por todos.

iv. Sobre el error de tipo planteado por la defensa técnica:

El error de tipo se da cuando habiendo una tipicidad objetiva, falta o existe falso conocimiento de los elementos precisados por el tipo objetivo, determina la ausencia de dolo. Dolo es querer y aceptar la realización del tipo objetivo, cuando no se sabe que se está cayendo en una tipicidad objetiva. El error de tipo puede implicar error o ignorancia. El error es el conocimiento falso o equivocado acerca de algo; la ignorancia es la falta de conocimiento sobre algo. Sin embargo el Código Penal ecuatoriano establece:

“Art. 3. Se presume de derecho que las leyes penales son

conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”.

En nuestro sistema penal, rige el principio “ignorantia vel error iuris non excusat” o sea: la ignorancia o el error de derecho, no exime la responsabilidad de quien vulnera la norma. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, las leyes, luego de publicadas, o desde el día en que ellas se determine, son obligatorias para todos: y en virtud de esta obligatoriedad se presumen -sin admitir prueba en contra- que son conocidas por todos los habitantes del Ecuador. Por tanto, no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades.

El error de tipo o de derecho actualmente no se encuentra contemplado en nuestra legislación, por lo que su consideración vulnera la seguridad jurídica, al derecho al acceso a la justicia y los derechos de la víctima, de acuerdo a lo ordenado en la Constitución de la República.³ Cabe indicar que la defensa técnica al fundamentar la existencia del error de tipo se refirió al “consentimiento” dado por la víctima, que correspondería más bien a un error de prohibición al hacer referencia al supuesto consentimiento de la víctima.

v. Sobre el error de prohibición planteado por la Fiscalía:

El error de prohibición consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta. El error de prohibición es cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación. En el presente caso, la Fiscalía sostiene que la víctima tuvo relaciones “consentidas”, con el agresor, a pesar de haber contado a la época con trece años de edad, porque al “engañar” al procesado sobre su edad estaba dando su consentimiento.

El Código Penal ecuatoriano establece:

“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;...”.

No consta en el artículo transcrito, excepción alguna a esta circunstancia. Es evidente que los delitos sexuales, además del aspecto fáctico, tienen un contenido cultural y social que depende en no poca medida de la evolución ética y sociológica de la realidad. Los cambios experimentados por los

códigos penales en esta materia se han debido no a la originalidad del legislador ni al avance de los criterios de la doctrina científica, sino, sobre todo, a las profundas transformaciones de la ética y de la moral social en el último tercio del siglo XX, que ha evolucionado desde una perspectiva tradicional, oscurantista y excesivamente tímida y conservadora a una perspectiva más liberal, solidaria y defensora de la libertad e indemnidad sexuales. Estos cambios han resultado potenciados por el avance científico de las técnicas de la psiquiatría y de la psicología, que han evolucionado desde una orientación excesivamente individualista a un enfoque social, abordando la problemática del delito, no sólo desde el punto de vista del delincuente, sino también de la víctima.

Cabe recordar que de acuerdo a nuestra Constitución los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos integralmente puesto que se encuentran en proceso de desarrollo, por lo que el ejercicio de sus derechos es progresivo en función de su madurez y crecimiento intelectual y emocional:

“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 efectividad y seguridad...”.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un sano desarrollo de su sexualidad propendiendo a un ejercicio de sus derechos sexuales, entendidos como el poder contar con condiciones seguras para construir dicho ejercicio, sin violencias ni abusos.

En este sentido, se ha establecido la edad del consentimiento sexual, que en el Ecuador, y es la edad por debajo de la cual es consentimiento prestado para realizar actos sexuales no resulta válido a efectos legales, presumiéndose violencia o abuso, por parte del agresor en tales circunstancias, sin importar la existencia o no de cualquier violencia o abuso real, asimilándose o sancionándose como delito de violación.

El Código Penal en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 520 por el Artículo agregado por la Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, publicada en Registro Oficial 45, de 23 de junio del 2005, dice:

“Art... En los delitos sexuales, el consentimiento dado

³ “Art. 82. 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”.

“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 inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

“Art. 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”.

por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.”

Por lo que, el error de prohibición, aducido por la Fiscalía, además de no estar contemplado en nuestra legislación, de aplicarse contravendría norma expresa, resultando inconstitucional, en virtud de los artículos antes invocados.

En el presente caso, darle valor y efectos jurídicos al “engaño” de la víctima al procesado, reconociendo que fue engañado por la víctima sobre su edad, sería un contrasentido, puesto que equivaldría a decir que existe un consentimiento válido de la víctima que subyace en el engaño, pero que es irrelevante según la norma anteriormente transcrita, en casos de delitos sexuales y de trata de personas.

Por otra parte aceptar un matrimonio, en las circunstancias del presente caso, conllevaría a considerar, ahí sí erróneamente, que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, no es la libertad ni la integridad sexual de las personas, sino cuestiones subjetivas e incluso biológicas como el pudor o la doncellez respectivamente, lo que ha sido cuestionado por diferentes organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”⁴ que dice:

“221. La CIDH asimismo observa la persistencia de disposiciones inadecuadas y en algunos casos de contenido discriminatorio, específicamente en algunas leyes y códigos civiles y penales, en los siguientes aspectos: definiciones de la violación que exigen el uso de la fuerza y la violencia en lugar de la falta de consentimiento; el tratamiento de la violencia sexual contra las mujeres como un delito contra el honor y no como una violación del derecho de las mujeres a la integridad; normas procesales que establecen la terminación de los procedimientos penales cuando la víctima retira su denuncia; y sanciones insuficientes para los casos de violencia contra las mujeres [299]. Estas disposiciones no han sido armonizadas con los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención de Belém do Pará. A manera de ejemplos específicos, en algunos Estados como Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela, todavía existen disposiciones jurídicas que eximen al agresor de delitos sexuales si contrae matrimonio con la víctima. La CIDH ha manifestado su preocupación ante este problema y ha expresado lo siguiente:

En numerosos códigos penales, valores tales como la honra, el pudor social, la doncellez, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que opusieron resistencia en el caso del delito de violación, o someténdolas a procedimientos interminables que producen

una continua victimización [300].

El matrimonio de la víctima de violación sexual con su agresor implica procesos permanentes de revictimización, impidiendo la restitución, en la medida de lo posible, de su proyecto de vida.

vi. Sobre la construcción del razonamiento de la Sala de apelaciones en lo referente a las pruebas aportadas que llevaron a condenar al ciudadano Germán Manuel Chusin Lisintuña, consta en la sentencia recurrida que:

“...En el caso que se juzga se establece que, el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, mantuvo relaciones sexuales con NN, cuando tenía trece años de edad, que consecuencia de dichas relaciones quedó embarazada, habiendo procreado un hijo, lo que se halla probado conforme a derecho con la prueba de paternidad (ADN) el cual señala que el padre del menor, es el procesado Germán Manuel Chusin Lisintuña, ratificado por el testimonio rendido por la tecnóloga Gisella Fiallos Noroña, consecuentemente, se ha comprobado la existencia material de la infracción; de los testimonios rendidos por la ofendida NN, doctora Martha Ortega Garrido, y del testimonio del sentenciado Germán Manuel Chusin Lisintuña, se comprueba que éste último mantuvo relaciones sexuales con la menor NN”... con los precedentes, se ha comprobado la responsabilidad penal de Germán Manuel Chusin Lisintuña.

Cabe indicar que las pruebas presentadas por la Fiscalía tienen eficacia probatoria en tanto no se encuentra razón para considerarles inconstitucionales, y su legalidad no fue objetada, por lo que de acuerdo al artículo 86 del Código de Procedimiento Penal deben ser apreciadas de acuerdo a la sana crítica⁵.

La ex - Corte Constitucional para el Período de Transición ha resaltado que la sana crítica debe estar sustentada en la lógica, experiencia y conocimiento de los jueces, separándola del concepto de libre convicción:

- “Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada o tarifaria, que entrañaba (...) la valoración de la prueba en la norma y la libre convicción que otorgaba total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción...”

Si de acuerdo a lo anterior, la sana crítica es el mecanismo utilizado en la actividad judicial (...) práctica, y la valoración de las pruebas es un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y la presentación

⁴ <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/cap2.htm>.

⁵ Art. 86. Apreciación de la prueba. Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo”.

ordenada para la conformación psicológica de convicción del juzgador (prueba formal)...". Quito, D.M., 15 de febrero del 2012 sentencia nro. 010-12-SEP-CC caso nro. 1277-10-EP.

- "Es decir, según el principio de la apreciación subjetiva y razonada por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y del valor de convicción de las pruebas, sin que esto signifique una libertad arbitraria, puesto que estaría sujeto a las reglas de la lógica, de la técnica jurídica y de la experiencia, con obligación de motivar su conclusión o de explicar las razones que lo condujeron a negarle mérito de convicción a unas pruebas y otorgárselo a otras". Quito, D.M., 15 de abril del 2010 Sentencia nro. 014-10-SEP-CC en el caso nro. 0371-09-EP.

Ni el Código de Procedimiento Civil, ni el Código de Procedimiento Penal, dan reglas taxativas sobre la sana crítica, el artículo 115⁶ del Código de Procedimiento Civil establece que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que el juez debe fundamentar su fallo, es decir razonar delante de la prueba y con la prueba, teniendo en cuenta que existe unidad y por tal no puede analizarse las pruebas en forma separada. La apreciación en conjunto de la prueba es particularmente importante tratándose de delitos sexuales:

"Se aduce por parte de los juzgadores que no pudo comprobarse la violación, ya que la ciudadana extranjera se habría negado a realizar el reconocimiento médico legal; y cabe preguntarse porque toda la carga de la prueba debería centrarse exclusivamente en el examen de los genitales, que tratándose de delitos sexuales son evaluados solo desde estos parámetros. Se asume que las víctimas deben ser mujeres sin experiencia sexual para probar su idoneidad como víctima, y claro ello tiene cabida si partimos de parámetros erróneos y arcaicos, prácticas y concepciones judiciales legalistas y deficientes". De 23 de septiembre del 2010 resolución nro. 0001-10-RA en el caso signado con el nro. 0001-10-RA, ex - Corte Constitucional para el Período de Transición.

En conclusión revisada la sentencia recurrida, en el presente caso, no consta de ella que la Sala haya incurrido en error legal, ni de tipo ni en error de prohibición, al contrario motivó su decisión conforme los estándares jurídicos.

Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** por unanimidad, este Tribunal de casación de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso presentado, en tanto no se ha acreditado conforme a derecho, ninguna transgresión a la ley, respecto del error de tipo alegado por la defensa técnica recurrente y del error de prohibición que ha planteado la Fiscalía, quedan atendidos los argumentos ex-

puestos. Ejecutada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su ejecución. Notifíquese en los casilleros señalados para el efecto. **Notifíquese y cúmplase.**

f.) **Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte, Juez Nacional Ponente. Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional. Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez.**

II

Juicio nro. 016-2013

Resolución nro. 060-2013

Juicio penal militar por muerte del Subt. Julio Rubén Robles Eras, propuesto por el Comandante de la 3ra. División del Ejército de Tarqui en contra de Mayor Jorge Antonio Segovia Neira, Capt. Luis Alfredo Parreño Pincay y Capt. Rommel Varela Guerrón.

SÍNTESIS:

El Juzgado de Derecho de la Tercera Zona Militar, dicta sentencia señalando que existe con certeza el delito y la responsabilidad en este ilícito quienes apelan y la Corte Militar confirma en lo principal la sentencia y la reforma en relación a la pena, imponiendo al recurrente 6 meses de prisión. De esta sentencia interpone recurso de revisión el Capitán Rommel Varela Guerrón. El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de revisión en materia militar. Teniendo en cuenta que el recurso de revisión previsto en el Código de Procedimiento Penal, es un mecanismo por medio del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, con el objetivo de reivindicar la justicia material; y luego de establecerse con certeza la materialidad de la infracción como la responsabilidad del hecho, de conformidad a lo dispuesto en la parte final del art. 367 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DE DERECHO DE LA TERCERA ZONA MILITAR. Cuenca, julio 31 de 2003 (sic). Las 14h30.

VISTOS: El señor Juez Primero de lo Penal de esta Zona Militar, en base al Memorándum nro. 2001-125-III-DE-f, de fecha 31-AGO-2001, y más documentación adjunta constante en 162 fojas útiles, dicta Auto Cabeza de proceso en contra de los señores: **Mayor de Inf. Jorge Antonio**

⁶ "Art. 115. 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".

Segovia Neira, Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay y, Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón, pertenecientes al BI-21 "MACARÁ" por haber llegado a su conocimiento que los señores Subtenientes: **Julio Rubén Robles Eras**; Cañizares M. Paúl B., Robalino Benalcazar Carlos Fernando y Araque Espinoza Wilson Patricio, oficiales recién graduados han sido destinados al Batallón de Infancia nro. 21 "MACARÁ". Que con motivo de la bienvenida de dichos oficiales se han preparado varias actividades dispuestas por el Comandante de la Unidad, Mayor Jorge Antonio Segovia Neira, quien ha ordenado al Tnte. Jhon González, que les conduzca a los pre-nombrados señores oficiales hacia el lugar previsto para su alojamiento, esto es la "Villa Cariño", en donde les han ubicado a dos subtenientes en cada pieza, cerrando las puertas con candado. Que el 22 de agosto del 2001 se han presentado ante el Capt. Rommel Varela, Oficial de Personal, quien les ha dado la bienvenida y les ha indicado que debían firmar el libro de presentación y registrar sus datos en las tarjetas Kárdex, para luego pasarles revista de prendas y equipo; posteriormente a eso de las 12h10 y a cargo del Subt. Cherry Jaramillo, los Subtenientes nuevos han efectuado un recorrido montados en acémilas por las principales calles de la ciudad de Macará. Que luego a las 12h30 los Subtenientes han recibido la disposición de prepararse para el rancho y formar frente al casino de oficiales a órdenes del Capt. Luis Parreño, quien ha sido el encargado de pasarles revista de aseo; una vez reunidos en el casino los subtenientes y el Sgos. Peñafiel Tomás, quien hacía las veces de Comandante del Batallón, han ocupado los respectivos lugares en la mesa, habiéndoles pasando el salero el primer plato, que ha sido caldo de patas, el mismo que lo había preparado el Mayor Segovia, con abundante ají; luego de esto se ha propuesto realizar un brindis, por lo que se les ha pasado una botella de whisky a cada Subteniente, y para el resto de oficiales una botella de whisky, que contenía Coca Cola con agua, procediendo a realizar los respectivos brindis, primero el Subteniente Jaramillo, luego los Subtenientes Cañizares, Robles, Robalino y Araque, ingiriendo todos el contenido total del vaso de licor; luego se ha servido el arroz con guatita, así mismo preparado por el Mayor Segovia y que ha contenido aproximadamente medio frasco de comino y una rodaja de tomate con pasta dental; que al concluir el segundo plato se ha realizado un nuevo brindis, y los Subtenientes habían sido obligados a consumir toda la botella de licor, por lo que luego del rancho, los Subtenientes nuevos han terminado embriagados. Que a eso de las 14h30, del mismo día los subtenientes habían sido conducidos al Policlínico con el fin de realizarles las fichas médicas; pero debido al avanzado estado de ebriedad los Subtenientes Robles y Robalino, han sido colocados en la sala de pacientes, en donde previa coordinación con el Dr. Edmundo Ortiz, la enfermera Piedad Yaguachi, les ha administrado una ampolla de Acrosin, que con conocimiento del Mayor Segovia y por ser imposible continuar con la evaluación médica a eso de las 15h30 los Subtenientes han sido trasladados por el personal de Voluntarios y Conscriptos de

la Unidad hacia la "Villa Cariño" para su recuperación, ante esto; y, debido al gran calor que se ha sentido en el interior de los cuartos, el Cbos. Carlos Jaén, ha tomado la decisión de desvestir a los subtenientes, a fin de evitar que éstos se sofocaran; que al concluir su trabajo el Cbos. Farías le ha entregado las llaves al Capt. Rommel Varela indicándole que en la "Villa Cariño" el calor era sofocante por lo que se había desvestido a los subtenientes dejándoles únicamente con su prenda interior; particular que el Capt. Rommel Varela había dado parte al Mayor Jorge Segovia, recibiendo la disposición que los Subtenientes pasen lista a las 20h00. Que a eso de las 19h20 el Capt. Rommel Varela con la finalidad de darles la disposición de que pasen lista, se ha dirigido a la "Villa Cariño", en donde se ha percatado que continuaban dormidos, por lo que ha dado parte de la novedad al Mayor Jorge Segovia, sugiriéndole que los oficiales sigan descansando hasta las 21h00. Que aproximadamente a las 20h20 el Capt. Rommel Varela, se ha dirigido nuevamente a la "Villa Cariño" a fin de despertar a los oficiales y conducirlos hacia el Casino, al ingresar a la primera pieza ocupada por los Subtenientes Cañizares y Robalino, ha observado que continuaban en estado etílico, al ingresar a la segunda pieza ocupada por los Subtenientes Robles y Araque, se ha percatado que uno de los oficiales continuaba dormido en tanto que el Subt. Julio Robles se encontraba con el cuerpo frío y sin reaccionar o emitir sonidos, simultáneamente, el Sgto. Marcelo Montes, ha constatado que el cuerpo se encontraba frío, dando parte inmediatamente al Capt. Rommel Varela de la novedad al Mayor Jorge Segovia, quien al acudir al lugar, se ha dado cuenta de la situación y ha mandado a llamar al Médico de la Unidad, el mismo que por falta de implementos adecuados ha sugerido su traslado al Hospital Civil de Macará, en donde los médicos residentes han confirmado el fallecimiento. Que según el Informe Médico Legal de la autopsia realizada el señor Subt. Julio Rubén Robles Eras, la posible causa de su muerte se debió a un traumatismo raquímedular. Una vez que ha concluido la etapa del sumario, se dicta auto de llamamiento a juicio plenario, el mismo que es apelado por parte de los sindicatos; y, confirmado por la Corte de Justicia Militar mediante ejecutorial y aclaración el mismo que consta de fojas 1027 a 1031 vta., precisando que la disposición aplicable para este caso es el art. 179 del Código Penal Militar, en tal virtud se tramita la fase del plenario, concluida ésta y habiendo emitido el Dictamen el señor Fiscal General Militar encontrándose el presente proceso, en estado de dictar lo que en Derecho corresponda, para hacerlo se considera: **PRIMERO.** En la tramitación del proceso, no se ha omitido solemnidad substancial alguna de las estipuladas en el art. 166 del Código de Procedimiento Penal Militar, que pueda influir en su validez, siendo en consecuencia válido todo lo actuado como así se lo declara. **SEGUNDO.** Que los jueces que han intervenido en la tramitación de ésta causa son los competentes en razón de las personas, el territorio y la materia y además porque el hecho que se pesquisa se encuentra tipificado en el Código Penal Militar. **TERCERO.**

Durante las etapas sumarial y del plenario se han practicado varias diligencias conducentes al debido esclarecimiento del hecho que se investiga, así como al establecimiento del grado de responsabilidad de los sindicatos, mencionándose a las siguientes: **1) declaración indagatoria rendida por el sindicato MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA que consta a fs. 178 a 182;** quien expresa: que el día lunes 21 de agosto del 2001, en la oficina Comando del Batallón se han reunido en primera instancia con el Capt. Luis Parreño, para hablar sobre asuntos de trabajo y otras actividades en general, mencionando también el tema de la llegada de los oficiales nuevos, que en dicha reunión también ha estado presente el Subteniente Condo, encargado del arreglo de la “Villa Cariño”, en donde debía colocar colchones y velas porque en ese entonces no había energía eléctrica en el lugar; y, de elaborar un letrero, que diga: **“Bienvenidos a Suchilandia”**; señala que el Subt. Cherry Jaramillo era el encargado y responsable de conseguir las acémilas y de realizar el paseo por la ciudad; el Capt. Parreño, encargado de la revista de prendas, la misma que luego ha sido realizada por el Capt. Rommel Varela ha pedido del referido oficial; que el almuerzo presidiría un Voluntario en su representación, con la presencia de los oficiales antiguos de la Unidad; y finalmente con “un chequeo médico” en el policlínico. Recalca, que no se ha tratado de un bautizo, sino de una “bienvenida un tanto jocosa”, razón por la que había dispuesto al Soldado Yupanguí, filme y tome fotografías de todos los actos para en lo posterior obsequiar un álbum de fotos a cada uno de los oficiales; que el día martes 22 de agosto, a eso de la 18h00, el Subteniente Condo le ha informado por medio de la radio que habían llegado los cuatro oficiales nuevos, disponiendo que el Oficial de Guardia Tnte. John González, **proceda a su recibimiento de acuerdo a lo planificado**; que a eso de la 12h00 le han informado que había finalizado el recorrido en acémilas, disponiendo que los oficiales nuevos se asean y a las 12h40 estén en el Casino para que el Capt. Parreño les pase revista de aseo previo al almuerzo; que a eso de la 12h45, el Sargento Peñafiel se ha dirigido por la parte anterior y el deponente hacía la cocina; que por pedido suyo, el Emci. Veintimilla se ha desempeñado como salonero, que el rancho consistía en caldo de patas, en el mismo que ha colocado dos cucharitas de ají, en los platos que iban a ser servidos a los Subtenientes nuevos; que luego de la sopa había estado previsto que uno de los oficiales de la Unidad hiciera un brindis por la bienvenida de los oficiales nuevos, para lo cual debían pedirle al “salonero” un whisky, el mismo que ha llevado cuatro botellas de whisky de la cocina y estas serían colocadas en los puestos de cada uno de los oficiales nuevos; que debía tomar la palabra el Subt. Jaramillo, como más antiguo en ese grado, para lo cual también había pedido una botella de whisky (preparada con agua mineral y coca cola); que luego los oficiales nuevos debían continuar consumiendo sus botellas; que en ese momento uno de los oficiales debía pedir un cigarrillo, y al ver que no disponían debía expresar “salonero, cigarrillos para los oficiales”, ante lo cual el salonero les ha

entregado un cartón de diez cajetillas a cada uno de los Subtenientes nuevos; que luego el segundo plato ha consistido en arroz con guatita y una rodaja de tomate; que en los platos para los oficiales nuevos ha colocado un tercio del contenido de un frasco de comino de 10 cm, adicionalmente a roseado jugo de naranja en el arroz; y ha untado un poco de pasta dental en la parte inferior de la rodaja de tomate; que después de esto ha podido observar y escuchar que continuaban brindando, pero ya no en la misma cantidad que la primera vez, observando que eran los Subtenientes nuevos, que por efectos del alcohol empezaban a servirse el licor entre ellos. Manifiesta que en ningún momento las botellas que se les ha entregado debían ser vaciadas por los mismos; que quizás la única vez que los oficiales han sido presionados de una manera indirecta para beber la copa, ha sido la primera ocasión; que terminado el segundo plato el Sargento Peñafiel, quien hacía el papel de Comandante de la Unidad, se ha disculpado para no continuar en la mesa, procediendo a salir por la cocina; trasladándose con el declarante en el Jeep hacia el sector de las oficinas, en donde se ha bajado el Sargento Peñafiel y el declarante ha procedido a trasladarse hacia el sector del casino para hablar con el Capt. Parreño e indicarle que se dirigía al Policlínico para ver que todo esté listo y avisarle por la radio para que puedan bajar con los oficiales. Que ya en el Policlínico ha tomado contacto con la Emci. Piedad Yaguaci, enfermera de la Unidad, quien se hacía pasar como Doctora y le ha facilitado un mandil, indicando que su función debía ser la de “enfermero”, que llenaría las fichas de los Subtenientes nuevos, que ha observado que en la mesa existían cuatro jeringuillas, cuatro cajas de Acrosin; cuatro máquinas de afeitar, dos supositorios de niño y dos de adulto; luego de lo cual le ha indicado por la radio al Capt. Parreño que les traslade a los oficiales al Policlínico, pudiéndose percatar que se encontraban bastante mareados, ingresando en primera instancia el Subt. Cañizares por sus propios medios, quien era el más sano de todos; que la “Doctora” ha dispuesto que se le retire la ropa, se le ha tomado el peso, la talla, y le ha preguntado personalmente el nombre y número de cédula, datos que ha registrado en la ficha médica, luego de lo cual se le ha puesto en la camilla en donde “la Doctora le ha inyectado complejo “B”, y le ha rasurado un poco el vello púbico, le ha hecho sentar en una lavacara con harina; que “simulaba la prueba de la harina”, le ha colocado un supositorio, se ha vestido y ha salido del despacho del médico hacia el lugar donde se encontraban los otros oficiales nuevos; que al ingresar el Subt. Araque, que también ha estado un tanto consciente, se le ha tomado la estatura, el peso, el número de cédula, los nombres y se le ha inyectado complejo “B”, sin recordar si a él también le rasuraron el vello púbico y le colocaron el supositorio; que en ese momento ha ingresado el Cbop. César Carrión, amanuense de la oficina de Operaciones y en señas le ha indicado que salga, informándole que un funcionario de PREDESUR le requería; que en ese instante se ha encontrado el Capt. Parreño sentado en la sala de espera a quien le ha indicado que por favor continúe supervisando,

ante lo cual el Cap. Parreño le ha informado que el Subt. Robles estaba durmiendo en una cama del policlínico, que el Subt. Robalino se encontraba mal, razón por lo cual ha autorizado se suspenda la ficha médica y sean llevados hacia el sector donde tenían sus cosas hasta que se recuperen para que luego sean conducidos al casino de oficiales para el alojamiento previsto y definitivo. Que posteriormente ha llegado a su oficina el Cap. Parreño y le ha indicado que los oficiales nuevos eran trasladados al sector de la “Villa Cariño”; que siendo aproximadamente las 16h30 a 17h00 ha requerido la presencia del Capt. Varela, el mismo que se ha encontrado por el “sector de Suchilandia”, informándole que los oficiales se encontraban dormidos profundamente, por lo que ha dispuesto nuevamente que les dejen descansar y que a las 20h00 les despierten para conducirlos a las habitaciones del casino; que a dicha hora, unos veinte minutos después de haber llegado a su domicilio, el Capt. Varela, por medio de la radio le ha informado que los Subtenientes estaban “roncando” y que solicitaba dejarles una hora más en el lugar hasta que él, retorne de un patrullaje por el Municipio; que a las 21h00 el Capt. Varela nuevamente por medio de la radio le ha informado que uno de los Subtenientes estaba un tanto frío que se dirija de urgencia a la “Villa Cariño”; que inmediatamente ha salido de su domicilio y se ha embarcado en el Jeep Comando, llegando en ese instante el Capt. Varela en la Camioneta de Control Antidelincuencial, conducida por el Sgto. Montes Marcelo, que se ha subido al Jeep y ha dispuesto simultáneamente al mencionado Clase que se dirija a traer al médico de forma urgente hasta el lugar de los hechos; que una vez en el sector de la “Villa Cariño”, han ingresado a la pieza donde se encontraba el Subteniente Robles constatando que se encontraba boca arriba, únicamente en interior, para luego con la ayuda del Capt. Varela sacar al oficial hacia la parte exterior de la pieza, quedando aproximadamente cabeza y tronco fuera de la misma, tratando de ver si el Subt. Robles tenía pulso, no pudiendo detectar en forma concreta, por lo que le ha abierto la boca, ha introducido sus dedos para confirmar si había algún resto de alimento que estuviese tapando las vías respiratorias, sin encontrar nada, sintiendo caliente la boca por dentro; señala que había partes calientes y partes frías del cuerpo, por lo que con el Capt. Varela trataban de taponarle; **que al costado derecho del Subt. Robles existía la presencia de vómito;** que mientras trataban de reanimarle ha llegado el Cap. Parreño a quien le ha pedido que le ayude a ver si sentía signos vitales; llegando en ese momento el Dr. Ortiz, con el Sgto. Montes, quien ha realizado un examen al cuerpo del Subteniente Robles, sugiriendo que se le traslade inmediatamente al Hospital Civil de Macará, que con la ayuda del Sargento Montes y del Dr. Ortiz han conducido al Subt. Robles hasta el Jeep, ubicándole en el asiento posterior, disponiendo además que a los otros Subtenientes nuevos les transporten inmediatamente hacia el casino; que una vez en el Hospital Civil ha pedido ayuda inmediata a los médicos, quienes han tratado de darle los primeros auxilios por medio de una bomba de aire y presio-

nes fuertes en el pecho, constatando que el mencionado oficial había fallecido; manifiesta que a eso de las 11h00 del día siguiente y una vez que han llegado los familiares del occiso un médico y otro Sargento de la Aduana, han ingresado a la autopsia, pidiéndole al Fiscal y el señor Mayor Lozada del Destacamento de Inteligencia “Loja”, dirigirse hacia la Unidad para constatar el lugar de los hechos y hablar con los otros oficiales nuevos; manifiesta que luego de tres a cuatro días de haberse producido la novedad ha podido ver por el canal de Televisión UV de la ciudad de Loja el contenido del video de la autopsia llamándole la atención los movimientos bruscos que realizaban en la cabeza del occiso, un hermano del mismo, determinando que en uno de los movimientos que le lleva de izquierda a derecha se ha escuchado un ruido como de fractura de hueso (un crack); dice que en ningún momento ha existido presión psicológica y peor aún contacto físico con los Subtenientes nuevos, que todo se ha organizado y realizado con el mayor espíritu de camaradería y con la finalidad de darles una bienvenida a los oficiales que se integraban por primera vez a las unidades militares; manifiesta además que desde la parte exterior ha podido escuchar, que durante la autopsia el hermano (médico) del occiso indicaba a los médicos que practicaban la autopsia que le chequeen diversas partes del cuerpo. También manifiesta que nunca ha sido procesado anteriormente; que todos los oficiales de la Unidad: Subt. Jaramillo Cherry, Subt. Condo Estuardo, Tnte. John González, Capt. Rommel Varela, Capt. Luis Parreño y el deponente han planificado y ejecutado la bienvenida a los cuatro señores Subtenientes nuevos; que el Subt. Jaramillo estaba encargado del paseo por la ciudad, conseguir los burros, el Subt. Condo, en preparar el alojamiento en la “Villa Cariño”, con el letrero en la parte exterior **“Bienvenidos a Suchilandia”;** el Tnte. González Ranchero, adquirir el licor y los cigarrillos, preparar el casino y prever el rancho; el Capt. Varela registrar los datos en la Oficina de Personal y a propio pedido de él pasar revista de prendas; el Capt. Parreño recibir el parte de la Unidad y dar el mismo al Sargento Peñafiel, así como la revista de aseo en el sector del casino de oficiales y asesorar en el comportamiento al Sargento Peñafiel en la mesa; que le ha llamado a la señora Emci. Piedad Yaguachi para pedirle la colaboración en la bienvenida de los oficiales nuevos y a quien el Dr. Ortiz, Médico de la Unidad, le ha indicado que coloque la ampollita de complejo B, verificando el deponente cuando se ha encontrado en el Policlínico las ampollitas, los supositorios y las rasuradoras; que indica no fue su disposición y que sin embargo se ha imaginado para que era; que lo que él ha indicado, es que se consiga lo necesario para la prueba de la harina; la misma que consiste en colocar una lavacara de harina en donde se le hace sentar al individuo y cuya finalidad es la de determinar si es o no homosexual; que no se ha trasladado ni ha verificado personalmente el estado de salud de los cuatro oficiales nuevos en la “VILLA CARIÑO”, en virtud de que había dado la disposición al Capt. Varela; que no tiene conocimiento del porque el Subt. Julio Robles presentaba en su cuerpo

magulladuras y golpes en su frente, codos, piernas y que de los testículos es por el paseo en burro. Que entre el 21 y 25 de agosto del 2001 cumplía las funciones de Comandante Accidental del BI-21 "MACARA"; **que no ha dado parte al escalón superior del acto de bienvenida a los señores oficiales recién graduados, en vista de que dice, este tipo de recibimientos está institucionalizado** en la Fuerza; que no ha sabido que exista algún Instructivo o Directiva para las bienvenidas de los oficiales; que considera "bienvenida jocosa" justamente a las actividades que se han cumplido; eso es el hacer pasear en burro por las calles de la ciudad, hacer dormir en una habitación pequeña, el dar de comer sopa con ají, arroz con guatita mezclado con pasta dental, comino y jugo de naranja, el hacer ingerir una botella de whisky, el consumir cigarrillos; que no ha dispuesto el consumo de una botella de whisky porque al momento que él ha visto todavía los Subtenientes nuevos estaban bien; **2) Declaración sin juramento del SR. TNTE. DE INF. JOHN WILSON GONZÁLEZ LÓPEZ** (fs. 183 a 185) quien expresa que el 21-AGO-2001, mientras cumplía las funciones de Oficial de Guardia en el BI-21 "MACARA"; el Subt. Condo le ha informado de la llegada de los Subtenientes nuevos, por lo que le ha entregado las llaves de los candados de las piezas de la "Villa Cariño"; que cuando se han entrevistado con ellos les ha ordenado que pasen al rancho y luego le esperen en la prevención hasta el dar parte de su llegada al señor Mayor Jorge Segovia, Comandante Accidental de la Unidad, el mismo que le ha dispuesto que les haga cumplir un recorrido cargando las maletas hasta llegar a la Villa Cariño y una vez en dicho lugar el Subt. Araque ha solicitado un colchón en vista de que en la pieza que iba a ocupar con el Subteniente Robles existía solo uno; procediendo a poner los candados respectivos en las puertas, por orden del señor Mayor Jorge Segovia. Al día siguiente, luego de retirar los candados de las piezas, les ha entregado las tres llaves de cada pieza al Subt. Cañazares y tres llaves al Subt. Robles, indicándoles que el parte era a las 07h00 y debían presentarse uniformados de 4-A; posteriormente el deponente expresa que los Subtenientes nuevos, salían de la Unidad a realizar un recorrido por el pueblo con uniforme, camuflaje, montados a pelo en burros, que en ese recorrido han participado el Capt. Varela en un vehículo de su propiedad, el Tnte. Jaramillo, el Subteniente Condo, sin poder asegurar si también ha participado el Capt. Parreño; indica que para el almuerzo el señor Mayor Jorge Segovia le ha ordenado que compre cuatro botellas de whisky, cuatro cartones de cigarrillos marca Lark de diez cajetillas cada uno, y que prepare una botella ficticia de whisky mezclada con Coca Cola y agua para que pueda realizar el brindis el Subt. Jaramillo. Que en la mesa presidida por el Sargento Tomás Peñafiel (Comandante), se han encontrado además los Capitanes Parreño y Varela, los Subtenientes Condo y Jaramillo y los cuatro oficiales nuevos; de salonero el Emcí. Veintimilla (Sastre) quien hacía las veces de salonero por orden del Mayor Jorge Segovia; que el Sargento Peñafiel (Comandante) ha dispuesto que se sirva el almuerzo, el mismo

que consistía en caldo de patas; que conoce que en los platos de sopa de los Subtenientes nuevos el Mayor Segovia había puesto ají, una vez terminado el primer plato, el Subt. Jaramillo se ha parado y ha propuesto un brindis, en ese momento se ha pasado una botella de whisky real a cada uno de los Subtenientes nuevos, se ha llenado los vasos en su totalidad, procediendo al brindis e ingiriendo todo el contenido del vaso de una sola, que luego se ha preguntado si alguien tenía cigarrillos y como nadie ha respondido se les ha pasado a cada uno de los Subtenientes nuevos, un cartón de diez cajetillas de cigarrillos, que ellos brindaban y consumían, luego de lo cual se ha servido el segundo plato consistente en arroz con guatita enterándose que el Mayor Segovia había puesto en los platos de los Subtenientes nuevos, pimienta picante; que luego se han realizado varios brindis hasta que los Subtenientes nuevos han consumido todo el contenido de sus botellas, terminando completamente embriagados; indica que luego de terminado el segundo plato el Sargento Peñafiel se ha retirado del casino, posteriormente los Subtenientes Jaramillo y Condo, luego el Capt. Varela; y el Capt. Parreño se ha ausentado por unos momentos; que una vez que se ha incorporado el Capt. Parreño al casino ha indicado que estaba prevista la realización de la ficha médica a los Subtenientes nuevos, momento en el cual el Subteniente Robles ha sufrido una caída golpeándose la espalda contra una columna, siendo ayudado por personal de Conscriptos cocineros y que luego los mismos le han ayudado a trasladarse hasta el Policlínico; que en el casino el Capt. Varela les ha comentado que todavía continuaban dormidos en la Villa Cariño, y se ha ordenado prevea las habitaciones para su alojamiento en el casino; que posteriormente se ha dirigido a la central telefónica observando que la camioneta de la Fuerza de Reacción se encontraba circulando como en apuros; en la Prevención ha preguntado si conocía qué pasaba con la camioneta; presentándose el vehículo con el Dr. Ortiz, Médico de la Unidad, quien se dirigía hacia la parte posterior del campamento, que se ha trasladado hacia la "Villa Cariño", cuando ha llegado al lugar ha verificado que el Jeep Comando salía con el Subt. Robles, el Dr. Ortiz, el Mayor Segovia y el Sargento Montes hacia el Hospital Civil de Macará, quedándose en la Villa con el Capt. Varela quien se ha dirigido a traer más Conscriptos para que ayuden a sacar a los tres Subtenientes y trasladarles al casino de oficiales. Que el señor Mayor Segovia ha planificado la bienvenida y ha ordenado la ejecución de la misma con los Capitanes Varela y Parreño; que entre la semana del 21 al 25 de agosto del 2001, se desempeñaba como Comandante del BI-21 "MACARA" el Mayor Jorge Segovia; que no ha participado en la reunión de planificación de la bienvenida, pero que si ha estado presente en la reunión para recibir disposiciones; que ha existido una botella de whisky que no ha sido acabada por los cuatro Subtenientes nuevos que ha sobrado aproximadamente unos dos centímetros de licor; que los Subtenientes Robles y Robalino al finalizar el rancho estaban bastante ebrios; que incluso han requerido de ayuda para bajar al Policlínico; que los Subtenientes Araque

y Cañizares se han encontrado bastante mareados pero podrían trasladarse por sus propios medios. **3) Declaración indagatoria del SR. CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARRERO PINCAY** (fs. 186 a 189 vta.) quien dice: Que el día 20 de agosto del 2001, se han encontrado reunidos en la oficina de Operaciones el señor Mayor Segovia, el deponente, el Subt. Condo y posteriormente el Tnte. González, hablando sobre temas de trabajo sobre la Unidad, y luego sobre la llegada de los Subtenientes nuevos, por lo que han procedido con el Mayor Segovia a hacer un diseño de la bienvenida; la misma que consistía en que: una vez que lleguen a la Unidad, el Oficial de Guardia de ese día les conduciría a alojarse en el sector de la Villa Cariño, luego debían presentarse al “Comandante”, el Sargento Tomás Peñafiel, después pasarían a la oficina de Personal para llenar datos en la tarjeta Kardex; después debían pasar una revista de prendas, para luego dirigirse al paseo en burro por el pueblo, posteriormente correspondía un almuerzo; y finalmente hacer una ficha médica. Que el día martes 21 de agosto del 2003 (**sic**) ha recibido el parte de la Unidad aproximadamente a las 06h45, una vez que el Sargento Peñafiel ha llegado al patio de formación, ha procedido a darle el parte como Comandante, ante quien se le han presentado los cuatro Subtenientes nuevos, llamándoles la atención y mandándoles a correr al tanque de agua por asesoramiento del deponente, por no saludar fuerte, y griten desde ahí, “buenos días mi mayor”; mientras se encontraba fuera de la Unidad ha podido observar que los Subtenientes nuevos pasaban por la ciudad montados en burro; que a eso de las 12h30 se ha dirigido al casino de oficiales en donde ha encontrado a los cuatro oficiales nuevos y les ha pasado revista de los útiles de aseo y al no tener los mismos en forma completa les ha dado la disposición de que se den una vuelta a la piscina; que al retornar han ingresado al casino, recibiendo la orden del Sargento Peñafiel que se aseen para consumir el rancho; que se les ha procedido a servir la sopa, consistente en caldo de patas, en el mismo que presentaba una coloración rojiza porque se había puesto ají; que terminada la sopa, el Subt. Jaramillo ha realizado un brindis, pidiéndole al Emci. José Ángel Veintimilla (Sastre) que pase cuatro botellas de whisky, para darles una a cada Subteniente nuevo, así como una botella de whisky que contenía Coca Cola con agua, realizándose el brindis; luego de lo cual se ha pasado el segundo plato, arroz con guatita, que para los Subtenientes nuevos era un poco oscuro por lo que se han servido el arroz sin la guatita, que los Subtenientes nuevos han consumido un vaso de whisky completo cada uno, que posteriormente el Sargento Peñafiel ha abandonado el casino y luego de servirse el postre (flan), se ha dirigido a su villa, regresando luego al casino y comunicándose por motorola con el Mayor Segovia, quien le ha indicado que conduzca a los Subtenientes nuevos al sector del Policlínico; que ha observado que los oficiales continuaban brindando e ingiriendo licor; que en el traslado al Policlínico; dos salneros le han ayudado al Subt. Robles Julio y al Subt. Robalino, el Subt. Araque y el Cbos. Jaén Carlos al Subt. Cañizares, acompa-

ñándoles hasta el exterior del Policlínico en donde se ha quedado unos momentos; que en el interior de Policlínico se ha encontrado la Emci. Piedad Yaguachi quien cumplía las funciones de “Doctora”, previa coordinación con el Mayor Segovia, para hacerles la ficha médica, la misma que ha sido realizada a los Subtenientes Cañizares y Araque; que el Mayor Segovia ha ordenado que haga llevar a los Subtenientes para que descansen, llamando inmediatamente al Capt. Varela para que envíe personal, presentándose con ocho Conscriptos y disponiéndole que se lleve a los Subtenientes a descansar; que a eso de las 19h00 le ha pedido al Mayor Segovia le lleve hasta su villa, que luego de realizar algunas actividades y de estar a punto de terminar la merienda ha escuchado una llamada del Capt. Varela al Mayor Segovia sobre una novedad con los Subtenientes, recibiendo una llamada del Capt. Varela cinco minutos más tarde, indicándole que baje a la Villa Cariño porque había una novedad; que al llegar al lugar ha visto como el Capt. Varela y el Mayor Segovia trataban de reanimar a un oficial, instante en que el Mayor Segovia le ha dispuesto que sienta el pulso del oficial, al hacerlo no lo ha sentido, que un minuto más tarde ha llegado el Dr. Ortiz, Médico de la Unidad, quien ha tratado nuevamente de reanimarlo con presión en el pecho, escuchándose un ronquido, sugiriendo en ese momento que se traslade al oficial al Hospital de Macará, siendo transportado por el Mayor Segovia, el Doctor Ortiz y el Sargento Montes en el Jeep Comando; en donde le habían ingresado al oficial y han confirmado su deceso; recalca que no se ha tratado de un bautizo sino de una bienvenida sin maltratos a los oficiales nuevos. Añade que la bienvenida a los cuatro señores oficiales, ha planificado el Mayor Jorge Segovia con la presencia de los oficiales de la Unidad; que sí ha participado en la reunión de planificación de la bienvenida; que no conoce de Directivas o Instructivos que se refieran a la prohibición de hacer ese tipo de actos y lo que es más eso siempre ha estado institucionalizado. Que tiene entendido que el Mayor Jorge Segovia estaba en la cocina y que él se iba a encargar de poner las porciones de ají en el caldo de patas, el comino, la pasta dental y el jugo de naranja en la guatita. Que se ha encontrado esporádicamente y no ha presenciado la ficha médica observando que se les media la talla y peso y se les ponía una ampolla de complejo B; que luego se tenían que sentar en una lavacara con harina, para realizar la prueba de la harina; que ha observado que se les hacía un examen de los genitales y se les limpiaba con un líquido amarillo, acciones realizadas por la Emci. Piedad Yaguachi; que del golpe en la cabeza y en el costado derecho, espalda del Subteniente Robles, se ha percatado en el hospital; que considera como una “bienvenida jocosa” un recuerdo que tengan los oficiales de su primer pase, sin maltratos. También indica el deponente que la disposición que tenía para la “Bienvenida-Bautizo” era de proporcionar al Subteniente Condo los medios para arreglar la “Villa Cariño” por lo que le ha autorizado al mensajero que compre lo que el Subteniente Condo le pidiera y que de ahí en lo que ha participado ha sido en el parte de la Unidad a las 07h00, en el

almuerzo y en la revista del aseo a los Subtenientes. **4) De la declaración sin juramento de la SRA. EMCI. EULIRIA PIEDAD YAGUACHI ZUMBA** (fs. 192 a 193 vta.) se establece que: el día miércoles 22 de agosto del 2001, el señor Mayor Jorge Segovia, Comandante Accidental de la Unidad, le ha dado la orden de que cumpla las funciones de Médico de la Unidad, para dar la bienvenida a los Subtenientes nuevos; indicándole que tenía que hacerles una ficha médica, tomarles los datos personales, inyectarles, rasurarles el pubis, hacerles la prueba de la harina; y, ponerles un supositorio, que la deponente le ha dicho que no quería hacer eso, pero el Mayor Segovia le ha insistido indicándole que él iba a estar presente como enfermero, que ha aceptado ante la insistencia, porque el Mayor Segovia le ordenaba que lo haga; que una vez que ha dejado preparado el material se ha trasladado a su casa, regresando al Policlínico a las 14h20 luego de lo cual con la presencia del Mayor Jorge Segovia, Sargento Salvador Jimbo se ha dado inicio a la elaboración de la ficha médica; que han llegado los cuatro Subtenientes nuevos en estado etílico, embriagados, en compañía del Capt. Luis Parreño, que a los **Subtenientes Robles y Robalino les ha hecho pasar directamente a hospitalización porque no podían ni pararse de lo borrachos que estaban**; que el Capt. Parreño le ha hecho pasar primero al Subt. Cañizares, a quien le ha tomado el peso, la estatura, le ha dado los nombres y apellidos al Mayor Segovia (Enfermero), luego le ha hecho acostar en el sheilón desvestido, completamente desnudo, cumpliendo la orden del Mayor Segovia, con la tijera le ha cortado el vello púbico, utilizando también una rasuradora, le ha puesto un supositorio en el ano y una ampolla de Acrosin B a la vena, que también han tenido una bandeja de harina lista para realizarle la prueba de la harina; que el Mayor Segovia le ha indicado que les haga sentar encima de la harina con el propósito de probar si son o no homosexuales; señala que ese día no se les ha podido hacer dicha prueba porque los Subtenientes se han encontrado totalmente embriagados; que por orden del Capt. Parreño ha pasado el Subt. Araque a quien se le ha indicado que se desnude completamente, se le ha pesado, se ha sentado en el sheilón, le ha puesto una ampolla de Acrosin a la vena, con la tijera le ha cortado el vello púbico, no le ha rasurado; que así mismo no se le ha podido hacer la prueba de harina porque ha estado completamente embriagado; en ese momento ha sido llamado el Mayor Segovia, quien ha salido del Consultorio; indica que a los Subtenientes Robalino y Robles no se les ha elaborado ni la ficha médica ni nada, porque se han encontrado acostados cada uno en una cama; que ha inyectado una ampolla de Acrosin a la vena al Subteniente Robles y Robalino porque es bueno inyectar cuando las personas están embriagadas; que un Conscripto le ha indicado que el Subt. Robles se había caído de la cama examinándole en ese momento, la cabeza, el cuello, los brazos, percatándose que el Subteniente no tenía ningún golpe ni ninguna magulladura, que le ha tomado el pulso, constatando que tenía ciento veinte pulsaciones que considera es normal en el estado en el que se en-

contraba el oficial; que luego ha salido de la sala y se ha sentado con el Capt. Parreño, quien ha llamado por la motorola para que le manden voluntarios a fin de trasladar a los Subtenientes a la Villa Cariño; **que le ha dicho al Capt. Parreño que les deje en el Policlínico porque estaban totalmente chumados y ya estaban ubicados cada uno en una cama y en el sheilón; que ha insistido, pero el prenombrado oficial ha manifestado que tenía que llevarles a la Villa Cariño porque estaban alojados ahí, diciéndole además que no, porque se han de vomitar igual que el año pasado**; que en ese instante ha llegado el Capt. Varela con unos Conscriptos y han empezado a llevarles a los Subtenientes en hombros y al Subt. Araque en una camilla (15h30); que el Doctor Ortiz ha llegado a la Unidad a las 16h30 preguntándole si habían llegado los Subtenientes, contestándole que sí y que les había administrado el Acrosin; que al día siguiente a las 06h00 ha llegado a la Unidad y se ha enterado que en la noche había fallecido uno de los Subtenientes nuevos; enterándose posteriormente por parte del Mayor Segovia y Capt. Parreño que se trataba del Subteniente Robles; que así mismo el jueves 23 de agosto en horas de la mañana el **Mayor Segovia ha reunido a todo el personal militar y civil manifestándoles que él era el único responsable y que él iba a responder por todo lo sucedido**. Además ha mencionado que el Acrosin B es un protector hepático, desintoxicante del hígado sin contraindicaciones; que el Mayor Segovia le ha dicho que había que inyectarles a los Subtenientes, que les ponga una "vacunita". **5) De fs. 194 a 196 consta la declaración sin juramento del SR. SUBT. DE ABAS. ULBIO ESTUARDO CONDO GÓMEZ**, quien dice: que el día martes 21 de agosto del 2001, aproximadamente a las 09h00 ha recibido **la disposición del señor Capt. Parreño, de colocar dos candados en la "Villa Cariño"**, a fin de que se hospeden ahí los Subtenientes nuevos; candados que contenían tres llaves cada uno y que le han sido entregados por el Tnte. John González, que ese mismo día a eso de las 18h15, han sido llamados todos los oficiales: Capt. Parreño, Tnte. González, Subt. Jaramillo y Sgos. Peñafiel, a quienes el Mayor Segovia les ha impartido disposiciones; recalca que no ha existido ninguna planificación para la bienvenida de los oficiales nuevos y que si ésta se ha realizado, él no ha estado presente; también manifiesta que ha observado la presencia de los Subtenientes nuevos, la actuación del Sgos. Tomás Peñafiel que se hacía pasar como Comandante, que el Capt. Varela les ha pasado revista de prendas a los oficiales nuevos; el recorrido de los oficiales nuevos por el pueblo de Macará en unas acémilas; que el Capt. Parreño les ha pasado revista de útiles de aseo, quien al ver que no tenían les ha mandado a correr vuelta a la piscina, luego de lo cual han ingresado al casino para el almuerzo; que la sopa de los Subtenientes nuevos tenía una coloración rojiza y luego de terminada la misma se ha realizado un brindis entregando una botella de whisky a cada uno de los Subtenientes nuevos, ingiriendo un vaso de whisky lleno cada uno y los oficiales antiguos un vaso que contenía agua con Coca Cola; que el saloner Emci.

Veintimilla (Sastre) les ha entregado un cartón de cigarrillo a cada Subteniente nuevo; que el arroz con guatita, de igual manera ha tenido una coloración café, por lo que los Subtenientes no han consumido por su mal sabor; que luego del almuerzo los oficiales nuevos han empezado a brindar; que a eso de las 19h30 el Capt. Varela les ha indicado que los Subtenientes nuevos continuaban borrachos; que al día siguiente se ha encontrado con el Subteniente Jaramillo, quien le ha indicado que el Subt. Julio Robles había fallecido la noche anterior; que cuando se ha retirado del comedor, los Subtenientes recién incorporados se han encontrado ebrios. **6) Declaración sin juramento del SR. SUBT. DE INF. ÁNGEL CHERRY JARAMILLO GUTIÉRREZ** (fs. 197 a 198 vta.), quien expresa: que el día 21 de agosto del 2001 en horas de la tarde, el Mayor Jorge Segovia le ha dado la orden de que sirva como guía en el recorrido que iban a realizar los oficiales recién incorporados por la ciudad de Macará y que además realice un brindis en el rancho de camaradería; que al día siguiente en el parte de las 07h00 ha visto que el Sgos. Peñafiel hacía las veces de Comandante de la Unidad; que posteriormente a las 11h30 ha regresado a la Unidad y ha observado que los oficiales nuevos se encontraban al mando del Capt. Varela para realizar el recorrido montados a pelo en burro; en el rancho en el casino de oficiales se ha percatado que la sopa servida a los Subtenientes nuevos tenía un color rojizo; que luego de consumir ese plato le ha pedido autorización al Sargento Peñafiel “Comandante de la Unidad” para realizar un brindis para lo cual le han pasado una botella de whisky Grants conteniendo agua con cola y a los Subtenientes nuevos una botella de whisky y una paca de cigarrillos; señala que los oficiales recién incorporados han consumido un vaso lleno de whisky, luego de lo cual les han servido arroz con guatita, la misma que tenía para los Subtenientes nuevos un color negro; que después de que se ha retirado el Sargento Peñafiel, el Capt. Varela se ha levantado de la mesa y se ha retirado por la cocina; que al día siguiente el Mayor Jorge Segovia le ha hecho conocer que el Subteniente Robles había tenido un accidente el día anterior, producto del cual había fallecido. **Que la planificación de la bienvenida jocosa ha sido ejecutada por el Mayor Jorge Segovia** y que él únicamente ha recibido órdenes; que el Mayor Jorge Segovia le ha ordenado a la Emci. Piedad Yaguachi que se haga pasar como la Doctora de la Unidad; que cuando los oficiales se encontraban sirviéndose el rancho en el casino de oficiales el Mayor Jorge Segovia se ha encontrado en la cocina del casino. Que el Capt. Parreño le ha dispuesto realizar el brindis en el almuerzo de camaradería; que en ese rancho los oficiales antiguos han ingerido solo agua con cola y que el licor han tomado los Subtenientes nuevos. **7) Declaración sin juramento del SR. SGOS. DE COM. TOMÁS ILDEFONSO PEÑAFIEL VÉLIZ** (fs. 199 a 200 vta.) quien manifiesta: que el día sábado 18 de agosto del 2001, el Mayor Jorge Segovia quien se ha encontrado con el Capt. Parreño le ha dado la orden de que en el recibimiento de los oficiales nuevos haga las veces de él, es decir como Comandante, que en primera instancia

se ha negado, a lo cual el Mayor Segovia le ha dicho **“Usted cumple la orden el día lunes, nada va a pasar, simplemente toma el parte y manda a correr a los Subtenientes nuevos”**; que el día martes 21, le ha vuelto a llamar el Mayor Jorge Segovia a la Oficina P-3 en donde se han encontrado presentes además el Capitán Parreño, Teniente González, Subtenientes Condo y Jaramillo, los Doctores Ortiz y Pinca; que el Mayor Segovia le ha dado la orden de que tenía que estar listo el día miércoles 22 a las 06h30 para que haga sus veces; que además le iba a asesorar el Capt. Parreño de cómo iba a proceder, indicándole que no tenga miedo, que el Capt. Parreño le ha dicho que esté tranquilo que no va a pasar nada y que se sienta seguro; que se le ha indicado que el parte lo recibiría en camiseta, para lo cual le ha entregado el jockey; que en el trayecto al patio central, que a las 07h00 ha recibido el parte, ha saludado al personal y a la vez se le ha presentado al Capt. Rommel Varela que regresaba de una comisión; que después se ha dirigido a la oficina del Mayor Segovia, lugar donde indica se ha encontrado dirigiendo toda la operación a quien le ha dado parte de que ha cumplido la disposición, el mismo que le ha indicado que los Subtenientes tenían que presentarse ante él a las 08h30 para lo cual **le ha ordenado que les haga hacer unas rondas, frente derecho y frente izquierdo y que les mande a dar una vuelta al patio central con un carrete de alambre**, diciéndoles además que les entregue un memorándum ficticio de 72 horas de arresto simple, por no haber puesto el hónrome, que los Subtenientes han cumplido la orden de la rodada y del trote con el carrete; que aproximadamente a las 12h45 se ha hecho presente donde el Mayor Jorge Segovia, quien le ha ordenado estar presente en el almuerzo en el casino de oficiales; trasladándose al mismo en el Jeep Comando; al llegar al casino el Mayor Segovia se ha dirigido a la cocina y el declarante ha ingresado al casino, en donde el Capt. Parreño le ha dado parte, observando que el señor oficial mandaba a correr a los Subtenientes por cuenta de él; que a las 13h00 han procedido a servirse el rancho, una vez terminada la sopa el Subt. Jaramillo ha realizado un brindis con una botella de whisky que contenía cola con agua, entregando además a cada Subteniente nuevo una botella de whisky y un paquete de cigarrillos para que repartan a los presentes, situación que no ha visto correcta, por lo que le ha llamado al señor Veintimilla a quien le ha dicho llámame por favor en unos cinco minutos y dígame que tengo una llamada; razón por lo cual se ha retirado del casino por la cocina, procediendo el Mayor Segovia a conducir el Jeep Comando hasta la Prevención, lugar desde el cual se ha dirigido a sus actividades normales; **recalca que siempre ha actuado cumpliendo órdenes del Mayor Jorge Segovia**; que al día siguiente aproximadamente a las 05h30 los Conscriptos le han indicado que había fallecido el Subteniente Julio Robles. **Que ha cumplido la orden de hacerse pasar por el Mayor Segovia, por temor al castigo.** **8) Declaración sin juramento del SR. CBOS. DE INF. PEDRO JOSÉ FARÍAS LAM**, (fs. 201 a 202) quien manifiesta: que el día miércoles 22 de agosto del 2001, en horas de

la tarde se ha dirigido al Policlínico de la Unidad, lugar en el que se han encontrado los Subtenientes nuevos, el Mayor Jorge Segovia y en la sala de espera la señora Piedad Yaguachi y el Capitán Parreño, el mismo que ha llamado por la motora al Capt. Varela, ordenándole que envíe personal de soldados hacia el Policlínico para llevar a los Subtenientes nuevos a la “Villa Cariño”; que **el Capt. Varela le ha ordenado que conduzca a los Subtenientes a la “Villa Cariño” con la ayuda de personal de Conscriptos**, pero que como se ha encontrado ocupado en su trabajo le ha pedido al Cbos. Jaén que le diera una mano y que conduzca a los oficiales hacia la “Villa Cariño”, que más o menos de 15h30 a 16h30, ha guiado únicamente a los Conscriptos que llevaban al Subt. Araque; y una vez en el lugar los Conscriptos han procedido a desvestirse al Subt. Araque, dejándole en calzoncillo y una vez que le han ingresado a la habitación el **Cbos. Jaén** ha cerrado las puertas con candado; entregándole al deponente tres llaves; **que quien le ha dado la orden de que ponga candado en las piezas de la Villa Cariño ha sido el Capt. Rommel Varela**, el mismo que posteriormente le ha dado parte del cumplimiento de dicha orden; **sugiriéndole que sacara a los oficiales de esas piezas en vista de que hacía un calor sofocante y era peligroso porque se podían morir**; que a eso de las 22h00 se ha dirigido al Hospital de Macará en donde ha encontrado al Tnte. González y a otras personas enterándose que había fallecido el Subteniente Robles. **Que una de las causas probadas de la muerte del Subteniente Robles, puede haber sido el calor sofocante de la “Villa Cariño”**; que los Subtenientes han estado bien borrachos, en estado etílico cuando han sido conducidos a la “Villa Cariño”. Que entre las 18h30 y 21h00 del miércoles 22 de agosto del 2001, no ha tenido en su poder las llaves de los candados asignados a las habitaciones de la “Villa Cariño”; que a eso de las 16h00 del mismo día ha entregado las llaves al Capt. Varela. **9) Declaración sin juramento del SR CBOS. DE INF. CARLOS ENRIQUE JAÉN GONZÁLEZ** (fs. 203 a 204 vta.) quien en lo principal dice: que el 22 de agosto del 2001, y encontrándose como encargado del casino ha podido observar que en el caldo de patas que se han servido los cuatro Subtenientes nuevos, el Mayor Jorge Segovia personalmente ha puesto abundante ají; razón por la cual el contenido del plato tenía un color rojizo; a la guatita le ha puesto comino y/o pimienta en bastante cantidad, al tomate le ha untado pasta dental y al arroz le ha roseado jugo de naranja; además a los Subtenientes nuevos **les han entregado una botella de whisky a cada uno, la misma que le han consumido casi en su totalidad por lo que han terminado casi borrachos**; que después de que se ha terminado el rancho, los Subtenientes nuevos han sido llevados al Policlínico, ayudando a trasladar al Subteniente Robalino, quien se ha encontrado bastante ebrio, pudiendo constatar que en otra cama estaba durmiendo el Subteniente Robles; luego de eso ha salido recibiendo la orden del Cabo Farías que le ayude a llevar a los Subtenientes que estaban bastante ebrios a la “Villa Cariño”; que ha cumplido la orden y con la ayuda de los Conscriptos ha llevado a

los Subtenientes Cañizares, Robles y Robalino, al llegar al lugar y como el Cabo Farías le ha entregado dos llaves ha abierto el candado de la puerta del lado izquierdo y al percatarse de que había mucho calor en el interior de la habitación, **por iniciativa propia ha ordenado a los Conscriptos que desvestan a los Subtenientes, quedando únicamente en calzoncillo; disponiendo además que bajen los colchones al piso; para evitar que se caigan**, posteriormente han procedido a desvestirse al Subt. Robles Julio; sacándole la chaqueta, aflojándole y tratando de sacarle el pantalón, quedando únicamente en calzoncillo, manifiesta que el mencionado oficial se ha acostado boca arriba y luego se ha hecho un poco del lado derecho, quedándose dormido; que así mismo al Subteniente Araque le han desvestido afuera y cuando se ha encontrado solo en calzoncillo le han ingresado a la habitación y le han dejado junto al Subteniente Robles, luego de lo cual ha procedido a cerrar las habitaciones y poner candado en cada una de las puertas, entregando las tres llaves al Cabo Farías; que al día siguiente a eso de las 05h45 se ha enterado en la Unidad que el Subteniente Robles había fallecido. Que cuando ha ingresado a la pieza con el Subteniente Robles y le ha desvestido, el mencionado oficial no ha presentado ningún golpe en su cuerpo; **10) Declaración indagatoria del SR. CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN** (fs. 205 a 209), quien en lo principal manifiesta: Que por encontrarse de Comisión en la ciudad de Cariamanga, no ha participado en reunión alguna para la planificación de la bienvenida de los Subtenientes, por tanto desconocía las actividades a desarrollarse el día miércoles 22 de agosto del 2001, fecha en la que se ha presentado al Capt. Parreño y luego en el parte al Sgos. Peñafiel Tomás, quien hacía las veces de Comandante, percatándose también de la presentación de cuatro Subtenientes; que mediante Orden General ha sido designado como Jefe de Cuartel de ese día, posteriormente se ha incorporado a cumplir las funciones de Oficial de Personal, y se le han presentado los cuatro Subtenientes, a quienes les ha indicado que llenen el libro y las tarjetas Kardex, y que formen fuera de las oficinas para que reciban disposiciones del Mayor Segovia, para lo cual se ha dirigido a la Oficina del Comandante quien le ha indicado las actividades que cumplirían los Subtenientes recibiendo en ese momento la orden del Mayor Segovia que les pase revista de prendas en el patio central, **les ha acompañado en el recorrido por la ciudad montados en burro**, luego le ha dado parte al Mayor Segovia, quién le ha ordenado que disponga a los Subtenientes para que a las 12h40 formen frente al casino de oficiales en donde el Capt. Parreño les iba a pasar revista de aseo; que el Mayor Jorge Segovia le ha autorizado acompañarles a los oficiales en el almuerzo a desarrollarse en el casino, lugar en el que se han encontrado los cuatro Subtenientes nuevos, los oficiales antiguos y el Sargento Peñafiel reemplazando al Mayor Segovia, percatándose además que el Emci. Veintimilla, (Sastre) cumplía las funciones de salomero; que al pasarles la **sopa a los Subtenientes nuevos ha observado que esta era de un color rojizo** y que luego de

consumida, el Subt. Jaramillo ha pedido autorización al Sargento Peñafiel para realizar un brindis; **entregándoles una botella de whisky a cada oficial nuevo, los mismos que se han servido un vaso lleno**, percatándose que el vaso que él iba a consumir contenía agua con Coca Cola, que así mismo el acompañado del **segundo plato de los Subtenientes era de un color negro**, momento en que el Subt. Cañizares ha pedido autorización para realizar un nuevo brindis, sirviéndose un vaso lleno de licor; que el postre que les han servido a los Subtenientes era de un color amarillento, que ni siquiera ha sido probado por los oficiales; los Subtenientes han comenzado a servirse cada uno de su botella, que el Capt. Parreño le ha indicado que el Mayor Segovia había dispuesto pase lista con la Unidad, levantándose y retirándose a cumplir la disposición; posteriormente por la motorola el Capt. Parreño le ha indicado que le envíe ocho voluntarios al Policlínico para trasladar a los Subtenientes a la Villa Cariño y al no disponer de los mismos se ha trasladado personalmente con ocho Conscriptos a órdenes del Capt. Parreño; que **el referido oficial le ha ordenado que les envíe a los Subtenientes a descansar en la Villa Cariño y se les coloque candado**; que por esa razón le ha dispuesto al Cabo Farías que traslade a los oficiales a la Villa Cariño, para lo cual le ha entregado las llaves y se ha dirigido en compañía del Capt. Parreño y del Emci. Yasier hacia las oficinas, que luego se ha presentado **el Cabo Farías** y le ha dado parte que habían dejado descansando a los Subtenientes, entregándole las llaves; y **manifestándole que en el interior de la Villa Cariño hacía mucho calor**; que luego se ha trasladado a la Oficina P-3, en donde se han encontrado el Mayor Segovia, el Capt. Parreño y el Cbos. Carrión, amanuense, manifestándole al Mayor Segovia que en ese momento venía del sector de Suchilandía, e indicándole que se escuchaba claramente roncar a los Subtenientes; además que había observado la parte de la pierna y pie de uno de los Subtenientes bajo la puerta del segundo cuarto a lado derecho, **haciéndole conocer del calor existente y sugiriéndole llevar a los Subtenientes al casino de oficiales**; que **el Capt. Parreño ha manifestado que una noche más que les pique los zancudos no pasa nada; insistiendo nuevamente al Mayor Segovia sobre el calor existente** y recibiendo la orden de que a las 20h00 pasen lista los Subtenientes para que luego se dirijan al casino; que ha salido de la oficina a realizar las actividades normales hasta aproximadamente las 19h00 en que se ha dirigido al sector de la Villa Cariño; ha estacionado su vehículo, prendiendo las luces y enfocando hacia las puertas, se ha bajado y se ha dirigido a los cuartos, en donde ha escuchado los ronquidos profundos de los cuatro oficiales, por lo que ha salido inmediatamente colocando las seguridades, luego se ha dirigido a la Central, le ha dado parte al Mayor Segovia que los Subtenientes seguían roncando y que no podrían pasar lista por lo que le ha sugerido descansen un poco más para que a las 21h00 sean llevados al casino de oficiales, recibiendo la autorización del Mayor Segovia; que más o menos a las 20h00, ha pasado lista con el personal y se ha dirigido a la

Prevención, para salir a realizar un patrullaje al sector del Municipio; que luego de realizado dicho patrullaje ha retornado a la Unidad con el Soldado y el Conscripto que le habían acompañado, los mismos que se habían quedado en la Prevención, mientras él (Capt. Varela), se dirigía con el conductor de servicio a la “Villa Cariño” a cumplir con la orden de llevar a los oficiales al casino; que han estacionado la camioneta en el sector de la Villa Cariño con las luces hacia las puertas de la Villa; que una vez que han ingresado a las piezas de la villa ha verificado que los oficiales todavía estaban roncando; percatándose al tocarle a uno de ellos que estaban en el cuarto derecho que se encontraba boca abajo y frío, procediendo inmediatamente por la motorola y personalmente a dar parte de la novedad al señor Mayor Segovia, quien le ha dispuesto al Sargento Montes le traiga al Dr. Ortiz, médico de la Unidad; que ha ingresado el mayor Segovia al interior de la pieza, le ha tomado de la espalda al Subteniente y el deponente (Capt. Varela) de las piernas y le han sacado hasta el umbral de la puerta, disponiéndole el Mayor Segovia que le coloque la ropa para darle calor, observando además que el Mayor Segovia le ha metido el dedo en la boca, produciendo el declarante a darle masaje cardíaco, escuchando claramente que sonaba como cuando se pisa un charco de agua, momento en el que ha llegado el médico y ha procedido a revisarle; encontrándose además en el lugar el Capt. Parreño; que el médico ha sugerido se traslade al oficial al Hospital Civil de Macará, razón por la que le han levantado y le han colocado en el asiento posterior del Jeep Comando, recibiendo la disposición del Mayor Segovia que en ese momento lleve inmediatamente a los Subtenientes al casino de oficiales, luego se ha dirigido al Hospital Civil de Macará, en donde se ha enterado que el Subteniente Robles había fallecido; que en ningún momento personalmente y voluntariamente le ha solicitado al Mayor Segovia participar en la bienvenida, y que ha recibido la orden del Mayor Jorge Segovia de pasar esa revista, por lo que como militar ha cumplido. Que se ha presentado ante el Sargento Peñafiel, sin ser él, el Comandante de la Unidad, porque ha recibido la disposición del Capt. Luis Parreño, luego de que se ha presentado ante él (Capt. Parreño); **que en el trascurso de las 16h00 a 21h00 del 22 de agosto del 2001, no ha entregado las llaves de ingreso a las habitaciones de la “Villa Cariño” a ninguna persona**; que desconoce cual pudo haber sido la causa para que el cuerpo del Subteniente Robles presente un fuerte golpe y hematoma en la frente, magulladuras en los codos, brazos, piernas y pies. Que cuando ha acudido a la pieza de los Subtenientes nuevos no se ha percatado que el cuerpo del Subteniente Robles presentaba lesiones; **que no ha asignado centinelas en las habitaciones de la Villa Cariño en los turnos de tarde y noche del 22 de agosto del 2001 por que no ha recibido ninguna disposición.** 11) **Con los testimonios propios rendidos por los señores: SUBT. DE COM. PAÚL BOLÍVAR CAÑIZARES MESÍAS (fs. 235 a 237), SUBT. DE COM. CARLOS FERNANDO ROBALINO BENALCÁZAR (fs. 238 a 239); y, SUBT. DE INF. WILSON**

PATRICIO ARAQUE ESPINOZA (244 a 245 vta.) se determina de una manera concordante que conjuntamente con el Subt. Julio Robles, se han presentado en el BI-21 "MACARÁ", el 21 de agosto del 2001, al Oficial de Guardia Teniente John González, quien luego de merendar les ha conducido al sector de la Villa Cariño, ubicándose en una habitación los Subtenientes Robalino y Cañizares y en otra los Subtenientes Robles y Araque; procediendo el Tnte. González a cerrar las puertas con candado por fuera, que una vez que se han acostado a eso de las 22h00 los Subtenientes Cañizares y Robalino han escuchado que el Subteniente Robles se quejaba; repitiendo por dos ocasiones Robalino ayúdame; que aproximadamente a las 24h00 después que el Teniente González les ha entregado otro colchón, los Subtenientes Robalino y Cañizares le han preguntado al Subteniente Robles que era lo que estaba soñando o que es lo que le pasaba porque estaba quejándose; respondiendo que tenía una pesadilla en la que soñaba que le mataban; señalando que estaba consciente de lo que había soñado; al día siguiente se han presentado ante el Comandante del Batallón, haciendo las veces del mismo el Sargento Tomás Peñafiel, quien les ha mandado a correr hasta el tanque de agua por no responder bien el saludo, posteriormente se han dirigido a la Oficina Comando, en donde nuevamente el Sargento Peñafiel les ha mandado a correr con un carrito de alambre de campaña y les ha ordenado que efectúe la rodada; luego se han presentado ante el Capt. Rommel Varela en donde han procedido a registrar sus datos y llenar sus respectivas tarjetas Kardex, oficial que posteriormente les ha pasado revista de prendas y les ha hecho realizar por dos ocasiones paso regular; que siendo las 10h30 han efectuado un paseo por las calles de Macará montados en un burro, posteriormente se han dirigido al casino de oficiales para servirse el rancho, en donde se ha encontrado el Capt. Parreño quien les ha pasado revista de aseo, y al no tener todas las prendas les ha mandado a correr vuelta a la piscina, al retornar han ingresado al casino, y han procedido a servirles el rancho, el mismo que ha consistido en **caldo de patas con abundante ají**, al terminar dicho plato se ha realizado un brindis para lo cual **les han entregado una botella de whisky a cada uno, han ingerido un vaso lleno de un solo bocado**, luego les han servido el segundo plato, consistente en **arroz con guatita y abundante pimienta, con una rodaja de tomate untada con pasta dental y el postre consistente en una especie de flan de color amarillento, el mismo que no han consumido; continuando tomando licor sin agua ni hielo, hasta perder la noción**; que al día siguiente se han despertado en las habitaciones del casino y se han enterado del fallecimiento del Subt. de Trp. Julio Rubén Robles Eras. Que en ningún momento durante la bienvenida realizada en el BI-21 "MACARA", han sido objeto de agresiones físicas ni verbales. El Subt. Araque, a preguntas realizadas por el Juzgado responde: que el día miércoles 22 de agosto del 2001, entre las 15h30 y 21h00 no ha sentido que alguien les haya abierto la puerta de la habitación o que alguien o algunas personas hayan ingresado al interior de la pieza; que durante

las 15h30 a 21h00 del día miércoles 22 de agosto del 2001, no se ha despertado ni se ha levantado del colchón en donde estaba durmiendo, que producto de haber montado en burro no ha sufrido ningún tipo de lesión en sus testículos, pero que sus compañeros si tenían señales. El señor Subt. Araque, ha manifestado que no ha mantenido enemistad ni problemas de tipo personal con el Subteniente Julio Robles, **que los oficiales que se encontraban en el comedor, le han obligado a ingerir el whisky.** 12) **Declaración juramentada del SR EMCI. DR. EDMUNDO JULIO ENRIQUE ORTIZ** (fs. 240 a 242) quien expresa: que el día 20 de agosto del 2001, al señor llamado a la Oficina del señor Mayor Jorge Segovia, el deponente y el Dr. Guillermo Pincay, Odontólogo de la Unidad, éste les había manifestado que el Dr. Pincay, debía colaborar como salonero en la bienvenida de los oficiales nuevos, el mismo que se había negado, indicándole al deponente que en el puesto de médico iba a estar una señorita Clase 6, que ha escuchado que el Mayor Segovia ha llamado al Sargento Peñafiel y al Tnte. González para darles disposiciones sobre la bienvenida; que al día siguiente al ingresar a la Unidad se ha percatado de que quien hacía las veces de Comandante era el Sargento Peñafiel y de Segundo Comandante el Capt. Parreño, observando que el Sargento Peñafiel ha dispuesto a los Subtenientes corran hasta el tanque de agua y que repitan por veinte ocasiones "Buenos días mi Mayor"; que cuando se ha encontrado en el Policlínico le ha indicado a la Emci. Piedad Yaguachi, Auxiliar de Enfermería que cuando lleguen los Subtenientes nuevos les administre una ampolla de Acrosin (Complejo B), ya que ese tipo de bienvenidas acostumbran tomar licor y que el Complejo B les iba a servir como hepatoprotector y a la vez como un repelente contra los zancudos; que a eso de las 15h45 ha retornado al Policlínico, preguntando si ya se había realizado la ficha médica a los Subtenientes nuevos, haciéndole conocer la señora Piedad Yaguachi que habían concurrido en estado étlico avanzado y que les había administrado Complejo B; preguntándole además porque no les había dejado en el Policlínico; que siendo aproximadamente las 21h00 el Sgos. de Trp. Marcelo Montes ha llegado a su domicilio y le ha comunicado que en la Unidad había un caso de suma urgencia, ante lo cual se ha trasladado a la Unidad pasando directamente hacia la Villa Cariño, en donde ha podido observar que el Mayor Jorge Segovia y el Capt. Varela aplicaban maniobras de resucitación al Subteniente Julio Robles; procediendo inmediatamente a aplicar masaje cardíaco, **percibiendo en el ambiente olor a licor y en segundo lugar en el cuerpo del Subteniente Robles crepitaciones a nivel del tórax, piel moderadamente fría y ausencia de signos vitales; al no contar con instrumentos médicos básicos, y al percibir alcohol en el ambiente, como médico ha presumido una intoxicación alcohólica**, la misma que dice, en estados avanzados se presenta los fenómenos de letárgica, estupor, con estado médico y muerte; con la finalidad de agotar todos los recursos médicos del caso ha sugerido se traslade al oficial al Hospital Civil de Macará, ya en dicha casa de

salud, a la luz y con la apreciación médica cabal, ha constatado que lamentablemente el Subt. Robles había fallecido hace aproximadamente una o dos horas, es decir, que no ha fallecido ni en el trayecto ni en el Hospital Civil de Macará; que al día siguiente ha presenciado la autopsia de ley; que ha presentado varios envases para tomar muestras, ha solicitado que se tomen fotografías y que se filme lo más interesante. A preguntas que realiza el Juzgado, responde: que la Sra. Piedad Yaguachi le había manifestado que uno de los Subtenientes le había rasurado pero no totalmente el vello púbico y que así mismo a uno o dos de ellos les había introducido un supositorio en el ano, pero que al occiso no se le había hecho nada, únicamente se le había inyectado la ampolla de Acrosin; que los supositorios eran de Anulax y que sirven para la evacuación intestinal en caso de estreñimiento principalmente; que en la autopsia el señor Subt. Robles a nivel de escroto, evidenciaba una coloración tipo equimosis, marcada en cara inferior de escroto, de más o menos cinco centímetros, más evidente en el lado izquierdo; que cuando ha acudido a la Villa Cariño y ha procedido a aplicar resucitación en el cuerpo del Subteniente Robles no se ha percatado de la presencia de lesiones en la frente, brazos, piernas y región torácica porque en emergencias se pone atención en los centros vitales, pero que dichas lesiones las ha constatado en el Hospital Civil de Macará. **13) Declaración testimonial del SR. EMCI. JOSÉ ÁNGEL VEINTIMILLA** (fs. 246 a 246 vta.) quien expresa: que el día 22 de agosto del 2001, por orden del señor Mayor Jorge Segovia, ha hecho las veces de salonero en el casino de oficiales del BI-21 "MACARÁ" que a eso de las 13h00 ha salido de la sastrería y se ha dirigido al casino de oficiales, cuando se ha estado poniendo la ropa de salonero, ha llegado por la cocina el señor Mayor Jorge Segovia y por la puerta principal los oficiales antiguos y los Subtenientes nuevos, que **cuando les ha servido el caldo de patas a los Subtenientes nuevos ha observado que era de color rojo, enterándose luego que ese caldo estaba puro ají**, luego del primer plato, le han **ordenado que pase cuatro botellas de whisky, una para cada Subteniente nuevo y una botella de whisky Grants, con cola y agua para los oficiales antiguos**, que en el brindis los oficiales nuevos se han servido un vaso lleno de whisky cada uno, luego de lo cual les ha pasado el segundo plato, consistente en arroz con guatita y tomate, que era de un color negro; señala que quien le indicaba que los platos eran para los Subtenientes nuevos, era el Mayor Jorge Segovia, quien se encontraba en la cocina; posteriormente han continuado realizando brindis y les ha servido el postre que los Subtenientes no han consumido; que ha observado que a eso de las 14h00 el Subteniente Robles se había arrimado a una de las pilastras del casino, cayendo sentado suavemente al suelo, siendo ayudado inmediatamente por los Conscriptos; que los Subtenientes han sido trasladados al Policlínico; y, que al día siguiente en el parte de la mañana se ha enterado que había fallecido el Subteniente Robles. **14) Declaración juramentada del SR. EMCI. YASIER WLADIMIR PALACIOS ARIAS** (fs. 247 a 247 vta.) quien ex-

presa: que el día miércoles 22 de agosto del 2001, a eso de las 12h30 a la cocina del casino de oficiales, ha llegado el señor Mayor Jorge Segovia, preguntándoles si estaba todo listo y si había preparado ají, contestándole que no; **por lo que el señor Mayor Jorge Segovia le ha dicho que lave casi una libra de ají, ponga en un envase y le entregue**; además le ha ordenado que separe la sopa en una olla pequeña, el arroz y después la guata; que luego de entregarle los alimentos el Mayor Segovia ha mezclado casi todo el ají que estaba en una cevichera en el caldo de patas que iba a servirse a los Subtenientes nuevos, **que ha vaciado la mitad del frasco de pimienta picante en la guatita y le ha ordenado que ponga pasta de dientes debajo de las rodajas de tomate**. Que al llegar los Subtenientes nuevos se ha servido primero el caldo de patas, luego el arroz con guatita, y el postre, que era un flan, encima del cual había una cucaracha muerta para camuflar la misma el Mayor Jorge Segovia le ha ordenado que ponga una yema de huevo cruda encima, pero que los Subtenientes no han consumido el postre; **que luego de que han terminado el segundo plato ha podido ver que los oficiales estaban borrachos y que todas las botellas de licor estaban casi vacías** (faltaba un dedito para terminar); que ha visto que el Subteniente Robles se ha arrimado a una de las pilastras del casino y se ha resbalado, quedándose sentado y siendo ayudado por dos Conscriptos; que a eso de las 14h30 el Capt. Parreño ha ordenado que unos Conscriptos ayuden a los Subtenientes a trasladarse al Policlínico, que luego se ha enterado del fallecimiento del Subteniente Robles. **15) Con los testimonios propios de los CONSCRIPTOS: SEGUNDO WILDER MARTÍNEZ MEDINA** (fs. 248-248 vta.), **HÉCTOR JOFRE CEDILLO VÉLIZ** (fs. 249), **EDGAR CRISTOBAL MUÑOZ ALAVA** (fs. 250); **JACINTO FELIPE CARPIO BURGOS** (fs. 251); **EVER AGUSTÍN INTRIAGO LOOR** (fs. 252); **VÍCTOR DANIEL SOTO GARCÍA** (fs. 253); **ÁNGEL AURELIO ALCÍVAR ZAMBRANO** (fs. 254) **JUAN CARLOS ZAMBRANO SOSA** (fs. 255-255 vta.) se determina de una manera concordante que el 22 de agosto del 2001, a eso de las 15h00 el Capt. Varela les ha ordenado que se presenten en el Policlínico para que trasladen a los Subtenientes nuevos que se han encontrado en estado etílico hacia la "Villa Cariño", que han trasladado dos Conscriptos a cada uno de los Subtenientes en hombros, a excepción del Subteniente Araque, a quien le han trasladado en una camilla, que en Villa Cariño han procedido a desvestir a los cuatro Subtenientes, dejándoles únicamente en calzoncillo para luego ingresarles a las habitaciones; poniendo el Cabo Jaén candado en las puertas y entregándole las llaves al Cabo Farías. **16) Con las declaraciones testimoniales de los señores doctores médicos JULIO RIGOBERTO SOTOMAYOR ALVEAR** (fs. 257 a 258 vta. y 888 y 888 vta.) **MARCO ANTONIO JARAMILLO MALDONADO** (fs. 259 a 261 vta.) se establece que han sido nombrados peritos por el Agente Fiscal de Macará, para realizar la Autopsia Médico Legal al cadáver del Subt. De Trp. Julio Rubén Robles Eras, diligencia efectuada el 23 de agosto del

2001, a las 11h30 en la morgue del cementerio general de Macará; que al realizarse el reconocimiento físico externo se ha encontrado excoriaciones en codos, ambas extremidades superiores, a nivel de región frontal, un hundimiento de aproximadamente tres a cuatro centímetros, a nivel de región escrotal, edema y excoriación de escroto izquierdo, excoriaciones con pérdida de sustancia en ambas rodillas y a nivel de región plantar y dedo gordo del pie derecho; **llamándole la atención la flexibilidad de cuello y cabeza, tanto anterior como posterior lateral de ambos lados que contrastaba con la rigidez total del resto del cuerpo**, al abrir la cavidad craneana se ha encontrado a nivel del hundimiento de región frontal hemorragia comprometiendo el periostio del frontal; sin encontrar nada anormal al abrir las otras cavidades; **que la posible causa de la muerte del Subteniente Julio Robles ha sido traumatismo raquímedular**; que al momento de practicarse la autopista ya había livideces cadavéricas que cubrían toda la región dorsal con signos de putrefacción; que las excoriaciones en los codos pudieron haber sido causadas por roces en superficie áspera, la contusión en la frente por golpe con un objeto contundente, la contusión localizada en el hemitorax derecho anterior por golpe con objeto contundente (puñetazo o puntapié); la excoriación del dedo gordo del pie derecho, por un posible roce con superficie áspera; con un tiempo de 16 a 18 horas de haberse producido las excoriaciones, recalando que no hay cicatrización cuando el individuo está muerto; que al hacer el examen externo del cuerpo, **ha observado eliminación de líquido sanguinolento por la boca al cambiar de posición al cadáver**, aclaran que son médicos generales y no legistas. **17) La declaración testimonial del SR. SGOS. DE TRP. SEGUNDO MARCELO MONTES ZUMBA** (fs. 479 a 480) es concordante con la versión del Capt. Rommel Varela al manifestar que el día miércoles 22 de agosto del 2001 siendo más o menos las 20h30, el Capt. Varela, le ha ordenado que le lleve a la Villa Cariño, ya en el lugar le ha ordenado que ponga la camioneta con dirección a las puertas de la Villa Cariño y que apunte las luces intensas hacia ese lugar, determinándose las precarias condiciones en que han sido alojados los oficiales nuevos y que no ha existido fluido eléctrico; que el Capt. Varela a ingresado solo a la segunda habitación y le ha escuchado decir que uno de los oficiales se encontraba frío; que inmediatamente el Capt. Varela ha prendido la motorola y ha dado parte de la situación al Mayor Segovia; luego de lo cual le han trasladado al Subt. Julio Robles al Hospital Civil de Macará, enterándose a eso de las 21h30 que el Subteniente Robles había fallecido. **18) Declaración testimonial del señor SLDO. DE INF. JORGE WASHINGTON YUPANGUI UNTUÑA** (fs. 1228 a 1229), quien en lo principal manifiesta que por ser amanuense de la Oficina 5, ha recibido la disposición de los señores Mayor Jorge Segovia y del Subt. Jaramillo, para que realice la filmación y toma de fotografías de la bienvenida de los Subtenientes nuevos; al día siguiente en el parte de las 07h00 ha observado que cuando se presentaban los Subtenientes nuevos al Sgos. Peñafiel, les ha man-

dado a correr al tanque de agua ha pedido autorización para salir de la fila y preparar la cámara y la filmadora; luego ha observado que los Subtenientes nuevos se han dirigido a las oficinas y se han presentado ante el Comandante; luego se han dirigido a la oficina del señor Capt. Varela, en donde han firmado el libro para después dirigirse a la revista de prendas; al término de esto han salido a realizar el recorrido por las calles de Macará en los burros; luego de terminado el mismo se ha dirigido a guardar la cámara y la filmadora para bajar al rancho, que en ese instante se ha encontrado con el Capt. Varela y le ha indicado que a las 12h50 se dirija al casino de oficiales para realizar la filmación del rancho. A las preguntas que realiza el señor Fiscal responde: que el video que había filmado le había entregado al Sargento García de Inteligencia; que cuando se ha encontrado en el Policlínico únicamente ha podido ver a los Subtenientes Araque y Cañizares y estos se encontraban borrachos; a preguntas que realiza el Abogado Defensor, contesta: que en ningún momento ha observado ningún tipo de maltrato físico o verbal por parte de los señores Mayor Segovia, Capt. Parreño, y Varela a los Subtenientes nuevos y menos aún al Subt. Julio Rubén Robles Eras. Que el señor Capt. Rommel Varela ha sido quien ha dirigido la revista de prendas; que el rollo de fotos no contenía solo los actos realizados en la bienvenida sino también otras actividades; y había sido entregado al señor Sgto. García de Inteligencia; añade que conoce que el Capt. Rommel Varela se había presentado en la Unidad el día 22 de agosto del 2001; que recuerda que la persona que repartió las botellas de whisky era el sastre de la Unidad; que no puede determinar quién había preparado el almuerzo porque cuando él había llegado ya estaban sirviendo el almuerzo. **CUARTO. PRUEBA DOCUMENTAL: 1)** De fs. 2 a 162 consta en el proceso la documentación que ha servido de base para la iniciación de la presente causa penal, entre otros, los informes preliminares nros. 3 y 4 del Grupo de Inteligencia Militar nro. 3, informes de personal militar y civil perteneciente al Batallón de Infantería nro.21 "MACARÁ", fotografías a color de la "Villa Cariño", del paseo realizado por los Subtenientes en acémila, del rancho de bienvenida en el casino de oficiales del BI-21 "MACARÁ", del interior de la habitación de la "Villa Cariño", en la que se ha encontrado el occiso, dos fotografías del occiso Subt. Julio Rubén Robles Eras; una fotografía de los Subtenientes recibiendo tratamiento médico en una de las habitaciones del casino de oficiales del Batallón; y, un videocasete de la reconstrucción de los hechos, documentación en la que se detalla el hecho que se pesquisa. **2)** De fs. 307 a 382, constan en el proceso las fotocopias autenticadas de la Etapa de Instrucción nro. 010-2001, tramitada por el Agente Fiscal del Distrito de Loja, con sede en Macará, relacionadas con el fallecimiento del Subteniente Julio Rubén Robles Eras, debiendo tomarse en consideración el resultado del análisis toxicológico realizado a las muestras de sangres tomadas del SUBT. JULIO ROBLES del cual se desprende **QUE EN ALCOHOLEMIA REGISTRA 0.37 g%** (gramos por 100 ml., de sangre; 0.37 g% = 3.7 g/l (gramos por litro

de sangre) al que se agrega lo siguiente: “según literatura con valores superiores a 0.30 g% = 3.0 g% el individuo entra en estado de estupor, notoria incoordinación muscular que difícilmente le permite a la persona mantenerse en pie...” (fs. 387) **3)** De fs. 391 a 393, consta en el proceso las liquidaciones de tiempo de servicio correspondientes a los Sindicados Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira, Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay; y, Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón, con las que prueba su condición de miembros de la Fuerza Terrestre en servicio activo y por ende sujetos a la jurisdicción penal militar. **4)** De fs. 396 a 400, consta en el proceso el informe, presentado por el señor Crnl. de E.M.C. Jorge W. Reyes T., Comandante de la 7-BI “LOJA”, al señor Grab. Comandante de la III-DE “TARQUI”, sobre el fallecimiento del Subt. De Trp. Julio Rubén Robles Eras, en el que se detalla el hecho que se pesquiza y se concluye, **que el fallecimiento del Subteniente se ha producido porque no se ha observado las disposiciones impartidas en la Directiva nro. 06/99, para la Ejecución del Período de Adaptación de los Subtenientes y Soldados que egresan de la ESMIL y ESFORSFT, respectivamente;** y, adicionalmente al transcribir el informe del Mayor Segovia Jorge en la parte final se expresa: “SOLICITO ADEMÁS DE MANERA MUY RESPETUOSA Y FRANCA EN CASO DE DETERMINARSE NEGLIGENCIA SER EL ÚNICO RESPONSABLE PUESTO QUE FUE MI INICIATIVA EN RECIBIRLOS DE ESA MANERA Y PORQUE EL PERSONAL PARTICIPANTE ACTUO SIN MALDAD NI PREMEDITACIÓN EN LAS PERSONAS DE LOS SRES. SUBTS. NUEVOS COMO LO PUEDEN ELLOS MISMOS TESTIFICAR”. **5)** De fs. 416 a 437, constan en el proceso, los Informes de la Junta Evaluadora de Accidentes de la III-DE “TARQUI”, de la Junta Investigadora de Accidentes de la 7-BI y ampliación al Informe de la Junta Investigadora de Accidentes, en los que se detalla los hechos relacionados con el fallecimiento del Subteniente Julio Rubén Robles Eras, expresándose en las conclusiones al referirse a las probables causas del accidente que: “la organización del programa de bienvenida no contó con las observaciones prescritas en la DIRECTIVA 06-99; y, como factores contribuyentes a que se produzca el hecho que se investiga, se señala que: **“el ingerir licor en dosis exageradas en tiempos cortos. Alteración de alimentos que se sirvieron en el almuerzo con otras sustancias que no son compatibles a una alimentación sana. Esfuerzo físico realizado y condiciones ambientales del lugar en épocas de verano con altas temperaturas”**. **6)** A fs. 514 del proceso, consta la certificación legalizada por el señor Mayor de Inf. Roberto Coronel, Comandante Accidental del BI-20 “CAPT. DÍAZ”, haciendo conocer que el Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón se ha presentado en dicha Unidad el día jueves 091400-AGO-2001. **7)** De fs. 517 a 519 vta.; y, de fs. 559 a 564, constan en el proceso, las fotocopias certificadas de la **Directiva nro. 06/99** para la ejecución del período de adaptación de los señores subtenientes y soldados que egresan de la ESMIL y ESFORSFT, respecti-

vamente, documentación remitida por el señor Trcn. de E.M. Julio Barragán Comandante del BI-21 “MACARÁ”, **en la que dentro de las disposiciones generales literal d) se establece que quedan definitivamente eliminados los Bautizos denigrantes, concretándose única y exclusivamente a una Reunión Social con la participación de las autoridades del lugar, donde se realizará la presentación de los nuevos subtenientes y soldados,** de lo cual se colige que el Comandante Accidental y sus oficiales no podían extralimitarse en cuanto a este tipo de eventos, que al no estar autorizados mal se pudieron haber realizado. **8)** De fs. 585 a 587, consta en el proceso, la Hoja de Vida Militar del Sindicato Mayor de Infantería Jorge Antonio Segovia Neira, en la que se encuentra en el casillero de Faltas y Castigos registrado un total de cuatro días de Arresto de Rigor, por términos inapropiados. **9)** De fs. 588 a 590, consta en el proceso, la Hoja de Vida Militar del Sindicato Capitán de Infantería Luis Alfredo Parreño Pincay, en la que se hace conocer en el casillero de Faltas y Castigos registrado una Llamada de Atención por no acatar disposiciones impartidas. **10)** De fs. 591 a 593, consta en el proceso, la Hoja de Vida Militar del Sindicato Capitán de Infantería Rommel Varela Guerrón, en la que se hace conocer en el casillero de Faltas y Castigos registrado un total de diecinueve días de Arresto de Rigor, por abandono de Guardia, negligencia con MAT. EJ, embriagarse en servicio, incitar subordinados; y, dos días de Arresto Simple, menosprecio y porte militar. **11)** De fs. 612 a 863 vta., constan en el proceso, los originales del Proceso Penal nro. 010-2001, tramitado en la Fiscalía Distrital de Loja, y Juzgado Séptimo de lo Penal de Loja, con sede en Macará, por muerte del Subteniente de Transportes Julio Rubén Robles Eras, en contra de los señores Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira, Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay y Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón; y, otros; del que se desprende como aspecto importante el ejecutorial de la Corte de Justicia Militar de fs. 848 a 851 en el cual al dirimir la competencia entre el Juez Primero de lo Penal de la Tercera Zona Militar y el Juez Séptimo de lo Penal de Loja se determina que el Juez competente para tramitar la causa por el fallecimiento del Subt. Julio Robles es el Juez Penal Militar según consta en el proceso de oficio nro. 385-CJM-2 de 26 de diciembre del 2001, suscrito por el Secretario Relator de la H. Corte de Justicia Militar. **12)** A fs. 894, 897 y 905, constan en el proceso, los certificados de depósito judicial y comprobantes de contabilización del Banco Nacional de Fomento, sucursal Cuenca, relacionados con el depósito de la fianza ofrecida por los Sindicados Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón y Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira, en la suma de cinco mil dólares (\$ 5.000,00), cada uno, en virtud de lo cual se gira las Boletas Constitucionales de Legal Excarcelación que obran a fs. 902, 903 y 908 del proceso a favor de los Sindicados Capt. Rommel Varela Guerrón y Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira y Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay, quedando en consecuencia en libertad por haber rendido caución consistente en fianza carcelaria.

13) A fs. 955 como parte de la documentación remitida por el señor Crnl. de E.M.C. Lenín W. Almache O., Comandante de la 1-BI "EL ORO", relacionada con las funciones que cumplen los Comandantes de Batallón entre otras, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interno para las Unidades de la F.F.T.T., (RCP-110-11), consta: **"1. DEL COMANDANTE DE LA UNIDAD b) Responsabilidades 1) Es el único responsable de que su Unidad haga o deje de hacer. 2) Puede delegar autoridad pero no responsabilidad".** 15) A fs. 719, consta el original del Memorandum nro. 010139-BI-21-1, de 22 de agosto del 2002, suscrito por el Mayor de Inf. Jorge A. Segovia N., mediante el cual sanciona al occiso Subt. de Trp. Julio Rubén Robles Eras, ordenando que se constituya a partir del 22 de agosto del 2001, en 72 horas de arresto de rigor, por haber infringido el art. 50 literal q), del REGLAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR EN VIGENCIA, del cual se establece que el referido oficial hace uso inadecuado de dicha norma al utilizarlo como parte del acto de bienvenida. 16) De fojas 1027 a 1030 vta., consta el Ejecutorial emitido por la H. Corte de Justicia Militar, mediante el cual desecha los recursos de apelación interpuestos por los Sindicados, y confirma el auto de llamamiento a juicio plenario dictado en su contra, **precisando que el art. 179 del Código Penal Militar, es la disposición aplicable al presente caso.** 17) De fojas 1073 a 1086, constan en el proceso, las certificaciones de los Juzgados y Tribunales Penales el Azuay, en los que constan que en contra de los señores Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira y Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay, no se ha tramitado ni tramita causa penal alguna en su contra, de los cuales se desprende que los sindicados no han sido enjuiciados anteriormente por causa alguna. 18) De fojas 1091 a 1158 y 1253 a 1263, 1160 a 1185; y, 1187 a 1216, constan en el proceso, certificados de honorabilidad y buena conducta y diplomas otorgados a favor de los Encausados señores Capt. de Inf. Rommel Varela Guerrón, Mayor de Inf. Jorge Antonio Segovia Neira; y, Capt. de Inf. Luis Alfredo Parreño Pincay, respectivamente, los cuales abonan sobre su buen desempeño profesional, y comportamiento dentro y fuera de la Institución. 19) A fs. 626 y 627 consta el informe médico legal suscrito por los doctores Rigoberto Sotomayor A. y Dr. Marco Jaramillo M., quienes concluyen en que "la posible causa de la muerte es un traumatismo raquímedular" e insisten en la necesidad de que realice un estudio radiológico para investigar más detalladamente el tipo de lesión que pudo provocar dicho traumatismo y la realización de los estudios de líquidos y tejidos de órganos. 20) De fs. 464 a 467 consta el informe de los peritos médicos legistas del que en lo principal se determina como conclusiones: 1. Cadáver exhumado en avanzado estado de putrefacción, sin evidencias de fracturas. 2. La primera vértebra cervical (atlas) con falta de fusión del arco posterior como variante anatómica. 21) A fs. 481 a 482 del proceso consta el oficio con el que se remite el informe histopatológico realizado a las muestras de pulmón, corazón, traquea, hígado, riñón, cerebro y bulbo

tomadas del cadáver del Subt. Julio Robles del que se establece el siguiente diagnóstico: "PULMÓN CONGESTIÓN HEMORRÁGICA. CORAZÓN: CONGESTIÓN. TRAQUEA Y BRONQUIOS: CONGESTIÓN. HÍGADO: CONGESTIÓN HEMORRÁGICA. RIÑÓN: CONGESTIÓN HEMORRÁGICA. CEREBRO Y BULBO: CONGESTIÓN EDEMA. 22) A fs. 502 a 503 del proceso consta el oficio al que se adjunta el informe con los resultados de análisis histopatológico de las muestras de vértebra cervical y tejido fibrótico de región dorsolumbar tomadas del cadáver de quien en vida fue SUBT. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, en el que se concluye indicando que: "NO HAY SIGNOS DE FRACTURA DE VÉRTEBRA CERVICAL Y EL DEFECTO DE CIERRE DE ARCO POSTERIOR INDICADO POR LA ACTIVIDAD OSTEOLÁSTICA Y DE CONDROBLASTOS REFLEJA QUE ESTABA OCUPADA POS CARTÍLAGO EN PROCESO DE OSIFICACIÓN", suscrito por el Dr. Milton Tapia, Patólogo. 23) De fs. 923 a 930 obra de autos el informe TÉCNICO PERICIAL DOCUMENTOLÓGICO DEL RECONOCIMIENTO Y TRANSCRIPCIÓN DE IMÁGENES SONIDOS Y DIÁLOGOS QUE CONTIENEN LOS VIDEOCASETES de la reconstrucción de los hechos (fs. 162) y autopsia realizada en Macará (fs. 445) de los que se establece que en la reconstrucción ha existido presencia de vómito; que los interruptores son de adorno porque no había luz; la transcripción del video sobre la autopsia se refiere a las lesiones que constan en el acta de autopsia, y en el párrafo V (fs. 929) se expresa que: EN LO QUE SE RELACIONA AL SONIDO (SUPUESTA CREPITACIÓN) QUE SE ESCUCHA AL MOMENTO DE QUE UNA PERSONA REALIZA UN MOVIMIENTO BRUSCO DE LA CAVIDAD CEFÁLICA (CABEZA) DEL CADÁVER, ÉSTE NO SE ORIGINA POR LA ROTURA DE ALGUNA VÉRTEBRA, SI NO MÁS BIEN POR UNA FALLA DE AUDIO QUE SE PRODUCE EN LA CÁMARA DE VIDEO..." 24) A fs. 1299 y 1300 constan los informes realizados por los peritos médicos legistas en relación al análisis de los documentos constantes en el caso de la muerte del Subt. Julio Rubén Robles Eras en lo principal manifiestan como conclusión del Dr. Gabriel Tenorio Salazar. "1. No se han encontrado signos de violencia capaces de explicar la causa de la muerte en la segunda autopsia y en los exámenes realizados a raíz de ésta. 2. No ha existido lesión osteo articular del cuello, es decir no hay fractura ni luxación del cuello. 3. En el examen microscópico de los tejidos se informa congestión intensa de órganos edema cerebral; éstos signos pueden encontrarse en los casos de insuficiencia cardíaca; pero el mecanismo que originó esta causa de muerte no ha sido posible encontrarlo en la segunda autopsia...", por su parte el Dr. Homero Ledesma en lo principal expresa: "...se concluye con un "posible trauma raquímedular como causa de muerte" hecho que se desvirtúa con los estudios realizados en piezas cervicales o vértebras cervicales obtenidas en la exhumación practicada en fecha diecinueve de septiembre del dos mil uno. De

no haber los elementos de juicio necesarios se debe precisar como indeterminada la causa de muerte y entonces debe haber un justificativo determinante de la causa de la muerte en los estudios complementarios, cosa que no ocurre a mi modesto criterio dadas las imprecisiones y los estudios complementarios si existe en el proceso una alcoholemia positiva y otro tóxico más lesiones de congestión de vísceras la causa de la muerte será de una insuficiencia respiratoria aguda por intoxicación. Todas las lesiones contuso escoriativas descritas no tienen relación directa con la causa de la muerte ya que no comprometen vísceras u órganos vitales... no existe una causa de muerte demostrable en vísceras u órganos vitales. El estado de congestión traqueo bronquial y pulmonar al igual que el hígado, corazón, riñón y cerebro y si a esto se sumara un estudio de toxicología positivo para alcohol etílico y otro tóxico estaríamos ante un hecho de insuficiencia respiratoria por intoxicación". 25) De fs. 1380 a 1396 consta el informe técnico pericial de audio video y afines practicado al videocasete que contiene la filmación de los actos de bienvenida de los oficiales nuevos del BI-21 "MACARÁ", en el cual se señala las siguientes conclusiones: "5.4. NO SE EMITE NINGUNA ORDEN O DISPOSICIÓN EXPRESA PARA QUE LOS OFICIALES INGIERAN LAS BEBIDAS. 5.5. EL CONSUMO DEL LÍQUIDO PRESUMIBLEMENTE LICOR ES INCENTIVADO MEDIANTE LOS BRINDIS. 5.6. LOS OFICIALES INDIVIDUALIZADOS COMO CUATRO Y SEIS EFECTUAN GESTOS DE DESAGRADO Y TOSEN. MIENTRAS INGIEREN LA SOPA Y LA BEBIDA; EL NÚMERO DIEZ EFECTÚA LOS MISMOS GESTOS Y HACE USO DEL PAÑUELO POR REPETIDAS OCASIONES POR SU ROSTRO. 5.7. SE NOTA UN CAMBIO DE ACTITUD (EUFORIA) PROGRESIVO DE LOS OFICIALES EN EL TRANCURSO DE LA CINTA VIDEO GRÁFICA". 26) De fs. 1426 a 1444 consta el dictamen acusatorio del Fiscal General Militar quien solicita que se dicte sentencia condenatoria en contra de los sindicatos, por considerar que han adecuado su conducta a lo tipificado en el art. 179 del Código Penal Militar. **QUINTO. Prueba material:** 1) A fs. 617-617 vta.; y, de 618 a 619 consta las actas de las diligencias de identificación del cadáver y protocolo de autopsia de las cuales se determina que el ahora occiso SUBT. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, ha presentado signos de rigidez cadavérica con laceraciones en tórax posterior y anterior, piernas y cara, el cuerpo en estado de descomposición, se ha apreciado hundimiento de coxis de región frontal, huellas claras de traumatismos múltiples como laceraciones y hematomas con pérdida de piel en brazo derecho a la altura del codo y en ambas rodillas; igualmente en la autopsia se ha procedido a colocar el cadáver en decúbito lateral izquierdo y en ese momento ha eliminado secreciones por la boca, de color rojizo y con restos alimentarios aproximadamente 10 ml, de lo cual se ha tomado muestras para estudio. En la región genital se ha observado equimosis marcada en escroto izquierdo de aproximadamente 5 cm., en el examen interno los peritos médicos reco-

miendan que se realice un estudio radiográfico para determinar el estado de la columna cervical debido a los hallazgos de movilidad de cabeza y cuello, que contrasta que la rigidez del resto del cuerpo, concluyendo en que la "posible causa de la muerte es un traumatismo raquimedular", además se señala que se podrá tener una apreciación más acertada luego de la realización de los respectivos estudios de los líquidos y tejidos. 2) A fs. 628-628 vta., consta el acta de reconocimiento del lugar realizada por el Agente Fiscal Séptimo de Loja de la que en lo principal se establece en cuanto a la "Villa Cariño" ésta tiene dos cuartos con una dimensión de 2 x 3 mts., cada uno, divididos con una media pared, cuenta con un baño, que en el sitio donde ha estado el hoy occiso se ha observado un mesón o cama de cemento con colchón verde y sobre él ropa de diferentes colores, y en el piso otro colchón, se señala que el lugar es oscuro y desolado; igualmente el Juzgado Penal Militar deja constancia de dicha diligencia mediante acta que consta a fs. 413 a 414 vta., de la cual como hechos importantes se establece que la "Villa Cariño" tiene dos habitaciones que a la fecha de la diligencia la habitación donde fue ubicado para pernoctar el Subt. Robles Julio **no cuenta con fluido eléctrico**, la temperatura aproximada a las 16h20 ha sido de 22 grados centígrados, la construcción tiene cubierta de eternit, el piso de cemento áspero, con puertas de madera las mismas que tiene como seguridad candados que se colocan en las armellas. Que en la pieza nro. 2 que es donde se le ha alojado al Subt. Robles Julio, se le ha hecho acostar en el colchón que había estado en el suelo, boca arriba con la cabeza frente a la pared, luego que le había sacado el uniforme y las botas. 3) De fs. 302 a 303 vta., consta el acta de la diligencia de **exhumación**, reconocimiento y autopsia médico legal del cadáver del Subt. Julio Robles de la cual se determina que los médicos legistas han tomado las placas de la región cervical, tórax, pelvis, columna cervical, primera vértebra cervical, así como se ha tomado muestras de hígado, pulmón, riñón, corazón y piel de la región lumbar inferior para los exámenes pertinentes, y se ha dispuesto que presenten sus informes de especialidad. 4) A fs. 866 consta el acta de la diligencia de reconocimiento y transcripción de imágenes, sonidos, diálogos que contiene las cintas de video de los videocasetes que obran a fs. 162 y 145 de los autos, respecto a la reconstrucción de los hechos y autopsia realizada al Subt. Julio Robles en Macará. 5) A fs. 1348 consta el casete de video que contiene el acto de bienvenida de los oficiales nuevos del BI-21 "MACARÁ", en tanto que a fs. 1361 se encuentra el acta de la diligencia de exhibición del citado video de la cual se establece lo siguiente que había sido filmado por el Cbos. Jorge Yupanqui (**sic**) y contando con su presencia el mencionado Clase dice que contiene unas tomas del paseo de los oficiales en burro, luego el almuerzo en el casino de oficiales que les han pasado una sopa color rojizo y luego les han servido una botella de whisky y un cartón de cigarrillos para cada uno de los Oficiales nuevos, entre ellos el Subt. Julio Robles, en la exhibición del video se observa que los oficiales proceden a hacer el brindis, iniciando el Subt. Cañizares y

luego el hoy occiso Subt. Robles Julio, quienes consumen todo el vaso, apreciándose los gestos y expresiones de desagrado al ingerir la comida y las bebidas. **SEXTO.** En la etapa del Plenario se han evacuado las siguientes diligencias: **1)** Los procesados MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN rinden sus confesiones que obran a fs. 1054-1054 vta.; 1055-1055 vta.; y, 1043 a 1044 respectivamente, en las que se ratifican en sus declaraciones indagatorias que obran de fs. 178 a 182, 186 a 189 vta.; y, 205 a 209, en su orden, dejando constancia en el caso del Mayor Segovia Jorge que no existido la exigencia que beban los señores oficiales o que ingieran toda la botella y que se ha considerado las seguridades para evitar accidentes, sin embargo no se ha acreditado tal evento dentro del proceso; por su parte el Capt. Rommel Varela expresa que no existe ningún indicio para que se le considere responsable, añade que en su condición de Jefe de Cuartel del día de los hechos ha dado parte al señor Mayor Segovia y le ha recomendado la posibilidad de llevarles a los oficiales a descansar al Casino de Oficiales a lo que el señor Capt. Parreño quien se ha encontrado también presente ha indicado “que no habían ningún inconveniente que una noche más que duerman en el lugar y sean picados por los zancudos no pasaría nada”, al respecto el referido Oficial al encontrarse de Jefe de Cuartel tiene como obligación y responsabilidad la seguridad, pese a esto no toma las precauciones que el caso ameritaba. **2)** En la contestación a la acusación fiscal los Oficiales procesados impugnan el mismo y solicitan que se declare la nulidad por omisión de solemnidades sustanciales o se dicte sentencia absoluta, al respecto este proceso ha subido en consulta al Superior y se ha declarado válido todo lo actuado. **3)** En la estación probatoria los sindicados se han limitado a acreditar testimonios y certificados de conducta ejemplar, honorabilidad y de capacitación profesional dentro y fuera de la institución, todo lo cual abona a su favor sobre su buena conducta y comportamiento anterior y posterior al hecho que se investiga. **4)** En el término de alegatos los sindicados se han ratificado en su inocencia, al manifestar que no son responsables del hecho que se investiga, por no tener participación en el deceso del Subt. Julio Robles. **SÉPTIMO.** De las diligencias evacuadas y más pruebas que obran en el proceso se establecen los siguientes hechos: **1)** El incumplimiento de la Directiva nro. 06/99 (fs. 517-519; y, 559-564) por parte de los sindicados, en la que se prohíbe terminantemente la realización de actos de bienvenida, lo cual es confirmado por la Junta Investigadora y Evaluadora de Accidentes (fs. 416 a 437), que en lo más importante señala como uno de los factores contribuyentes para que se produzca el deceso del Oficial el hecho de: **“ingerir licor en dosis exageradas en tiempos cortos. Alteración de alimentos que se sirvieron en el almuerzo con otras sustancias que no son compatibles a una alimentación sana. Esfuerzo físico realizado y condiciones ambientales del lugar en épocas de verano con altas temperaturas”.** **2)** La muerte del Señor SUBT. DE TRP.

JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, producida en el interior del BI-21 “MACARÁ” el día 22 de agosto del 2001, se encuentra comprobada en base a las diligencias de identificación del cadáver (fs. 617 a 617 vta.), autopsia (fs. 618 a 619) en la que se determina como probable causa de su deceso un “traumatismo raquimedular”. **3)** Con la exhumación del cadáver del prenombrado Oficial (fs. 302-303 vta.) no se determina el traumatismo raquimedular. **4)** Que en el acto de bienvenida a los Oficiales nuevos se les ha servido sopa con abundante ají, pimienta, pasta dental, el postre con una cucaracha y licor en cantidad exagerada, posteriormente le han trasladado al Policlínico para hacerles la ficha médica, la misma que por el avanzado estado de embriaguez no se lo realizó en la persona del Subt. Julio Robles, según se desprende de los testimonios del EM.CI YASIER WLADIMIR PALACIOS ARIAS (fs. 247-247 vta.), y EM.CI. EULIRIA PIEDAD YAGUACHI ZUMBA (fs. 192 a 193 vta.) ésta última incluso había sugerido al Capt. Luis Parreño, que al Subt. Robles le dejen en el Policlínico para que se recupere de su avanzado estado de embriaguez. **5)** Que los oficiales más antiguos, al haberles permitido e incentivado para que los oficiales nuevos consuman excesivamente el licor en el almuerzo, ha motivado que el Subt. Julio Robles pase a un estado de estupor y obnubilación. **6)** Que posteriormente de permanecer en el Policlínico han sido trasladados al lugar de alojamiento sin tomar las debidas precauciones, y se ha dispuesto que el Subt. Robles pernocte en la “Villa Cariño”, lugar que según se desprende de la diligencia de reconocimiento del lugar (fs. 413 a 414 vta.; y fs. 628-628 vta.) **es un sitio oscuro, apartado, estrecho, con un calor sofocante y sin ventilación, sin fluido eléctrico;** y de otro lado no se ha destinado personal de la guardia o del Policlínico para la seguridad y prevención de cualquier novedad. **7)** En base a los informes de alcoholemia emitidos por la Subdirección Técnica científica de la Policía Judicial (Departamento de Criminalística) (fs. 385 a 388) se establece como resultado de los exámenes y análisis de las muestras obtenidas del cadáver del Subt. Julio Robles, que **es positivo en alcoholemia con 3.7 g/l.** (gramos por litro) señalándose que con valores superiores a 0.30 g% = 3.0 g% el individuo entra en estado de estupor, notoria descoordinación muscular que difícilmente le permite a la persona mantenerse en pie; en tanto que el contenido de los informes realizados por los peritos médicos en relación al análisis de los documentos constantes en el caso de la muerte del Subt. Julio Rubén Robles Eras (fs. 1299 y 1230) **(sic)** se determina que en el examen microscópico de los tejidos ha existido congestión intensa de órganos, edema cerebral; y se señala que estos signos pueden encontrarse en los casos de insuficiencia cardiaca; pero el mecanismo que originó esta causa de muerte no ha sido posible encontrarlo en la segunda autopsia..., determinándose que **si existe en un proceso una alcoholemia positiva y otro tóxico, sumándose a esto las lesiones de congestión de vísceras, la causa de la muerte será de una insuficiencia respiratoria aguda por intoxicación;** siendo estas las causas que coadyuvaron

directamente en el deceso del prenombrado Oficial, sumándose a esto todos los actos y hechos narrados anteriormente en los cuales los procesados no tomaron las debidas precauciones y seguridad de los Subtenientes nuevos a fin de evitar que se produzca el ilícito materia de la presente investigación. **8) Además obran en el proceso pruebas suficientes para establecer el grado de participación de los procesados en la comisión del hecho ilícito que se investiga tales como: a) En relación al señor Mayor Jorge Antonio Segovia Neira, incumple la Directiva nro. 06/99** relacionada a la Ejecución del Período de Adaptación de los señores subtenientes y soldados que egresan de la ESMIL y ESFORST, respectivamente, **en la que dentro de las disposiciones generales literal d) se establece que quedan definitivamente eliminados los bautizos denigrantes, concretándose única y exclusivamente a una Reunión Social con la participación de las autoridades del lugar, donde se realizará la presentación de los nuevos subtenientes y soldados.** En su condición de Comandante Accidental de la Unidad, no da parte ni pide autorización al Escalón Superior, sobre la planificación de las actividades en la bienvenida de los oficiales nuevos, y por el contrario asume esta responsabilidad en forma unilateral, asignando tareas a sus oficiales subalternos, conduce y participa activamente en los diferentes eventos tales como en añadir a los alimentos destinados a los oficiales nuevos abundante ají, pimienta, pasta dental, permite ser suplantado en su grado y función por el Sgos. Tomás Ildefonso Peñafiel Véliz; incentiva con el brindis que ordena que lo ejecute el Subt. Jaramillo, a que los oficiales nuevos ingieran exceso de alcohol que desencadena en un estado de estupor y obnubilación, y finalmente en conocimiento del avanzado estado etílico que limitaban la capacidad mental y física dispone que conjuntamente con los tres Subtenientes, sean encerrados en la “Villa Cariño”, sin tomar en consideración las más elementales medidas de seguridad en lo que respecta a la integridad física y cuidado que el caso ameritaba, sumándose a esto las pésimas condiciones del lugar de su alojamiento, el calor sofocante existente en el interior; lo que se ha probado en base a su propia declaración indagatoria (fs. 178 a 182) la investigación realizada por las JIA Y JEA (fs. 416 a 437); los testimonios de los Capitanes Luis Parreño (fs. 186 a 189 vta.), y Rommel Varela (fs. 205 a 209); señora EM.CI. Eurilia Piedad Yaguachi (fs. 192 a 193 vta.), Sgos. Tomás Peñafiel (fs. 199 a 200 vta.); y, EMCI. (fs. 247-247 vta.), imputándose en consecuencia al Mayor Jorge Segovia la responsabilidad de la infracción que se investiga, al tenor de lo dispuesto en el art. 33 del Código Penal Militar. **b) En relación al señor Capitán Luis Alfredo Parreño Pincay, en circunstancias similares que el Comandante Accidental de la Unidad, manifiesta que ha desconocido de la Directiva nro. 06/99, y ha participado en la planificación de la bienvenida de los Subtenientes nuevos, también estuvo en conocimiento y constató el grave estado de embriaguez que soportaba el ahora occiso. Ha dispuesto que se dé cumplimiento a lo planificado y ordenado por el señor Mayor Segovia, haciendo caso omiso a la**

recomendación efectuada por la señora Empleada Civil enfermera Eurilia Piedad Yaguachi Zumba según su declaración (fs. 192 a 193 vta.) en el sentido de que les deje para que se recuperen en el Policlínico porque ella dice “estaban totalmente chumados”, respondiéndole el referido oficial “que no porque se han de vomitar igual que el año pasado”, es decir conocía de otros resultados anteriores y por ende el riesgo que implicaba mantenerlos encerrados en un sitio que se ha encontrado aislado, sin energía eléctrica, y sin que se cuente con el personal de la guardia o del Policlínico que de la alarma oportuna o que brinde primeros auxilios que hubiesen impedido la pérdida de la vida de un ser humano; al respecto es necesario aclarar que si bien el Capt. Luis Parreño como Oficial subalterno cumplió órdenes superiores emanadas del Comandante, esto no lo exime de responsabilidad al tenor de lo dispuesto en el art. 34 del Código Penal Militar, argumentando a su favor la obediencia pasiva, razón por la que también en base a los testimonios del Capt. Rommel Varela (fs. 205 a 209), su propia indagatoria (fs. 186-189 vta.) y más prueba constante en el proceso es corresponsable de la infracción materia del presente juicio penal militar. **c) En cuanto al señor Capitán Rommel Varela Guerrón** quien el día de los hechos (22-AGO-2001) se ha desempeñado como Jefe de Cuartel y por ende responsable de la seguridad del personal y material de la Unidad, cumple las disposiciones impartidas por los señores Mayor Jorge Segovia y Capt. Luis Parreño, esto es trasladarles a los Oficiales nuevos entre ellos el señor Subt. Julio Rubén Robles Eras sean trasladados a la “Villa Cariño” y dejarlos encerrados, sin precautelar la integridad física de los oficiales que se encontraban en avanzado estado de embriaguez; y, por el contrario cumple la disposición superior a través de los Cabos Pedro José Farias Lam y Carlos Enrique Jaén González y Conscriptos, quienes advierten al Capitán Varela Rommel sobre el calor sofocante existente en la “Villa Cariño”, y por ende el riesgo que podía desencadenar en la muerte de los ocupantes en dicho lugar, razón por la cual les han sacado la ropa a los Subtenientes nuevos y les dejan en el interior con candado, es decir con seguridades en el exterior, imposibilitando aún más el hecho de que los Oficiales nuevos puedan evacuar rápidamente en caso de una emergencia; cabe aclarar que los hechos generados por la omisión en que incurre el Capitán Varela Rommel coadyuvó para que se produzca el deceso del Subt. Julio Robles, por lo tanto es corresponsable del fallecimiento, al tenor de lo dispuesto en el art. 34 del Código Penal Militar, es decir que no opera a su favor la obediencia pasiva como factor que le permita eludir su responsabilidad en la comisión del ilícito que se investiga. **8) Consecuentemente se concluye que en el BI-21 “MACARÁ” el día 22 de agosto del 2001, se produce la muerte del señor Subt. De Tropa. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, como consecuencia de haber ingerido gran cantidad de licor y alimentos con sustancias no compatibles con una alimentación sana, lo que ha producido un alto grado de embriaguez. La posición (boca abajo) que había adoptado en forma inconsciente en el interior de la “Villa Cariño”,**

contribuyó al deceso del mencionado Oficial, sumándose a esto el hecho de que los oficiales sindicados no adoptaron a su nivel y oportunamente las medidas conducentes a evitar que se produzca este hecho que privó la vida de un Oficial de la Fuerza Terrestre. **OCTAVO.** El Juzgado realiza las siguientes acotaciones de carácter legal. 1) El delito que se investiga está tipificado en el TÍTULO IV de las Infracciones contra las Personas art. 179 del Código Penal Militar, cuyo texto dice: “Los homicidios causados involuntariamente por falta de previsión o precaución, serán sancionados con prisión de seis meses a tres años.”; por lo tanto el bien jurídico vulnerado se materializa por el deceso de una persona como consecuencia de todos los actos planificados y ejecutados en forma anterior a que se produzcan el hecho de la muerte. 2) La relación nexo causal entre los sindicados **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN** como sujetos activos de la infracción y el ilícito que se investiga, es directa, puesto que en forma libre y voluntaria ejecutaron varios actos y omisiones con motivo de la bienvenida de los Oficiales nuevos, los mismos que pese a no estar autorizados, ni existir el ánimo de causar un efecto como el causado, desencadenaron en el deceso del Subt. Julio Robles producido por la falta de previsión o precaución, ya que no se adoptaron las medidas conducentes a evitar este hecho, adecuando de ésta manera su conducta a la tipificación del art. 179 del Código Penal Militar. 3) De conformidad con el artículo 179 del Código Penal Militar los autores de la infracción “serán sancionados con prisión de seis meses a tres años”, pena que el Juez determinará en correspondencia y proporcionalidad con la mayor o menor gravedad de la conducta y los actos ejecutados por los procesados señores **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO (sic) PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN** de conformidad con lo analizado en el considerando anterior. **NOVENO.** El señor Fiscal General Militar en su dictamen (fs. 1426-1444) concluye que debe dictarse sentencia condenatoria en contra de los señores: **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO (sic) PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN**, por cuanto cada uno de ellos participaron de una u otra manera para que se produzca el resultado, adecuando su conducta a lo previsto en el art. 179 del Código Penal Militar. Por las consideraciones expuestas, y encontrándose probado conforme a derecho la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad directa de los procesados, en la comisión del delito tipificado y sancionado por el art. 179 del Código Penal Militar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, declaro a los señores **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN** cuyas generales de ley constan en autos **como autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 179 del Código**

Penal Militar, al tenor de lo dispuesto en el art. 29 del mismo cuerpo legal, por lo que de conformidad con los considerandos de este fallo se le impone la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, a los señores **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN**; las penas en mención las cumplirán en el interior del Centro de Detención Militar nro. 3, debiendo imputarse el tiempo que los procesados hubieren permanecido detenidos por esta misma causa, por así disponerlo el art. 69 del Código Penal Militar. Ejecutoriada que fuere esta sentencia remítase con copia certificada a la Comandancia General de la Fuerza Terrestre para la publicación en la Orden General respectiva al tenor de lo dispuesto en el art. 82 del Código Penal Militar. Luego de cumplidas las formalidades de rigor previstas en la ley, procédase al archivo del proceso por encontrarse concluido. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) **Jaime Alfonso Andrade, Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar.**

APELACIÓN DEL AUTO LLAMAMIENTO

CORTE DE JUSTICIA MILITAR. Quito, 23 de julio de 2002. Las 09h50.

VISTOS: El juicio penal militar nro. 05-2001-III-ZM-1, tramitado en el Juzgado Primero de la Tercera Zona Militar, en contra de los señores **MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN**, por muerte del SUBT. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, viene a conocimiento de este Tribunal en virtud de la apelación del auto de llamamiento a juicio plenario presentado por los sindicados, apelaciones que han sido aceptadas por el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, como consta de su providencia de fojas 1023 del proceso. Una vez que el señor Ministro Fiscal ha emitido su dictamen para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA.** En el trámite del juicio no se ha incurrido en causa de nulidad alguna, de las previstas en el art. 166 del Código de Procedimiento Penal Militar, por lo que se declara válido el proceso. **SEGUNDA.** En el auto cabeza de proceso dictado por el Juez Primero de lo Penal de la referida Zona Militar, sindicó a los Oficiales en referencia, a base del informe preliminar número tres del GIM-3 por llegar a su conocimiento, según reza el auto inicial que “el 200700-AGO-2001, el señor Subteniente ROBLES ERAS JULIO RUBÉN, se ha presentado al Comando de Infantería nro. 7 LOJA... luego de lo cual y en cumplimiento de las disposiciones impartidas por la Sección de Personal del 7.BI.LOJA, los Subtenientes ROBLES ERAS JULIO RUBÉN, CAÑIZARES M. PAÚL B., ROBALINO BENALCAZAR CARLOS FERNANDO Y ARAQUE ESPINOZA WILSON PATRICIO, se han trasladado con destino al Batallón de Inf. nro. 21 “MACARÁ”. Que el TNTE. GONZÁLEZ JHON, luego de recibir disposiciones del

señor MAYOR JORGE SEGOVIA, ha conducido a los señores Subtenientes hacia el lugar que se había previsto para su alojamiento, esto es la “Villa Cariño”, alojándolos a los señores Subtenientes dos en cada pieza, cerrando las puertas con candado. Que el 2205:30-AGO-2001, el señor TNTE. GONZÁLEZ JHON nuevamente se ha trasladado a la “Villa Cariño” con el objeto de abrir las puertas y conducir a los señores Oficiales hacia el desayuno, procediendo además a entregar al SUBT. CAÑIZARES y SUBT. ROBLES un juego de llaves (3 a cada Oficial) de los candados que aseguraban las puertas de acceso a sus respectivas puertas. Que a partir de las 12h10 hasta las 12h30, los cuatro Subtenientes han recibido las disposiciones de prepararse para el rancho y formar frente al Casino de Oficiales a órdenes del CAPT. LUIS PARRERO, quien ha sido el encargado de pasarles revista de aseo; que una vez reunidos los Subtenientes y el SGOS. PEÑAFIEL TOMÁS, quien hacía las veces de Comandante de Batallón, todos han ocupado los respectivos lugares en la mesa, procediendo el salonerero a pasar el primer plato consistente en caldo de patas; que los Subtenientes han recibido un plato que previamente había sido preparado por el Mayor Jorge Segovia y que contenía abundante ají. Concluido el primer plato, se ha propuesto realizar un brindis para lo cual se le ha pasado a cada uno de los Subtenientes una botella de whisky de un litro, en tanto que para el resto de Oficiales se ha propuesto así mismo una botella de whisky conteniendo un preparado de Coca Cola con agua, procediendo a realizar los respectivos brindis, primero el Subteniente Jaramillo, luego los Subtenientes Cañizares, Robles, Robalino y Araque, ingiriendo todos el contenido del vaso de licor, disponiéndose luego se sirva el segundo plato, consistente en arroz con guatita, plato así mismo preparado por el Mayor Jorge Segovia, quien en el acompañado ha vertido aproximadamente medio frasco de comino, poniendo además una rodaja de tomate posiblemente untada con pasta dental; que al concluir de consumir el contenido de este plato se ha realizado un nuevo brindis en donde los Subtenientes han sido obligados a consumir toda la botella de licor, razón por la cual, luego del rancho, todos los Subtenientes han resultado embriagados; que aproximadamente a las 14h30, previa coordinación con el personal del Policlínico de la Unidad, los Subtenientes han sido conducidos a esa dependencia con el fin de realizarles las fichas médicas...; que ya en el Policlínico y debido al avanzado estado de embriaguez en que se han encontrado los Subtenientes Robles y Robalino, éstos han sido conducidos a la sala de pacientes ocupando las camas cuatro y cinco respectivamente; ...durante la permanencia de los Subtenientes en el Policlínico, previa coordinación con el Dr. Edmundo Ortiz médico de la Unidad, la señora Enfermera Piedad Yaguachi, ha suministrado a los Subtenientes una ampolla de Acrosin”. Aproximadamente a las 15h30 y ante la imposibilidad de continuar con la evaluación médica, previo conocimiento y siguiendo la disposición del señor Mayor Jorge Segovia los Subtenientes han sido conducidos a la “Villa Cariño” para que puedan recuperarse, disponiendo para el

efecto, al señor Capt. Rommel Varela, que envíe un personal de voluntarios para que trasladen a los Subtenientes hacia su alojamiento y que, una vez que se les deje en el interior de las piezas, las puertas se cierren con candado... inmediatamente el Capt. Rommel Varela le ha dado la disposición al Cbos. Farias y éste le ha pedido al Cbos. Jaén que le colabore llevando a los Subtenientes a su alojamiento; el Cbos. Carlos Jaén ha procedido a llevar a los Subtenientes para lo cual ha distribuido al personal de conscriptos de la siguiente manera: al Subt. Cañizares le han ayudado los Cptos. Héctor Cedillo y Segundo Martínez; al Subt. Robalino... los Cptos. Edgar Muñoz y Jacinto Carpio; al Subt. Julio Robles... Los Cptos. Edgar Agustín Intriago y Víctor Soto; y, al Subt. Araque... los Cptos. Ángel Alcivar y Juan Zambrano; que al llegar a la “Villa Cariño” y debido al gran calor que se ha sentido al interior de la pieza, el Cbos. Carlos Jaén ha tomado la decisión de desvestir a los Subtenientes, a fin de evitar que éstos se sofoquen pidiendo para ello la colaboración de los conscriptos Víctor Palacio, Néstor Castillo y Daniel Saltos; ...de acuerdo a la disposición emanada por el Capt. Rommel Varela, se ha procedido a cerrar las puertas y asegurar las mismas con candado, al concluir su trabajo ha entregado al Cbos. Farias, tres llaves que permitían el acceso a la pieza; que el Cbos. Farias a su vez, ha entregado las llaves al Capt. Rommel Varela indicándole que en la “Villa Cariño” el calor era sofocante por lo que se había procedido a desvestir a los Subtenientes dejándoles únicamente con su prenda interior;... (y) una vez que los Oficiales se han encontrado alojados en el interior de la “Villa Cariño”, el Capt. Rommel Varela ha procedido a dar parte que la tarea ha sido cumplida, recibiendo en ese momento la disposición de que los Subtenientes debían pasar lista a las 20h00. Que aproximadamente a las 19h20 el Capt. Rommel Varela se ha dirigido a la “Villa Cariño” con la finalidad de despertar a los Subtenientes y darles la disposición de pasar lista a las 20h00 y al percatarse que continuaban dormidos da parte de la novedad al Mayor Jorge Segovia a quien le ha sugerido que los Oficiales sigan descansando hasta las 21h00. Que aproximadamente a las 20h20 el Capt. Rommel Varela se ha dirigido nuevamente a la “Villa Cariño” a fin de despertar a los Oficiales y conducirlos hacia el Casino, al ingresar a la primera pieza ocupada por los Subtenientes Cañizares y Robalino, se ha percatado que continuaban en estado etílico, al ingresar a la segunda pieza ocupada por los Subtenientes Robles y Araque, se ha percatado que uno de los Oficiales continuaba dormido en tanto que el otro se encontraba con el cuerpo frío y sin reaccionar o emitir sonido (Subt. Julio Robles), al tratar de despertarlo simultáneamente el Sgos. Marcelo Montes constata que el cuerpo se encontraba frío, dando inmediatamente (parte) el Capt. Rommel Varela de la novedad suscitada al Mayor Segovia por medio de la radio motorola. Que al acudir el Mayor Jorge Segovia al lugar donde se encontraban alojados los Subtenientes y darse cuenta de la situación, ha mandado a llamar al médico de la Unidad a fin de que se preste la atención médica al Subt. Julio Robles y antes la falta de

implementos médicos adecuados, el Doctor ha sugerido su traslado al Hospital Civil de Macará en donde los médicos residentes han confirmado el fallecimiento del Subt. Julio Robles. Que según el informe médico legal de la autopsia realizada del señor Subt. Julio Rubén Robles Eras, la posible causa de su muerte se debió a un traumatismo raquimedular señalando los médicos que se podrá tener una apreciación más acertada luego de la realización de los respectivos estudios de líquidos y tejidos de órganos". **TERCERA. PRUEBA MATERIAL:** El fallecimiento del SUBT. JULIO ROBLES ERAS, está comprobado con las diligencias de identificación, que corre de fojas 617 a 617 vta., reconocimiento exterior y autopsia del cadáver de fojas 618 a 619 y el informe médico legal presentado por los peritos que obra de fojas 626 a 627. Los peritos médicos legistas establecen que la posible causa de la muerte es un traumatismo raquimedular. Por disposición del Juzgado Primero de la Tercera Zona Militar, se realiza la exhumación del cuerpo del indicado oficial y se practica el reconocimiento exterior y autopsia, a fin de precisar la causa o concausas de la muerte. Es así con la intervención de médicos legistas de la Policía Judicial, Dr. Enrique Santillán y Dra. Sandra Andrade, (fs. 543 a 543 vta.), emiten su informe dando conclusión que no pueden determinar la causa de la muerte de ROBLES ERAS JULIO RUBÉN, por cuanto el cuerpo ha sido manipulado durante la primera autopsia, así como el avanzado estado de putrefacción en que se encontraba el mismo. Estos mismos médicos legistas en su declaración de fojas 483 y 484, al ampliar su informe afirman que el hecho de que en la exhumación y autopista no se ha encontrado infiltrado hemorrágico en tejidos blandos del cuello, significa que no hubo trauma. Es importante resaltar que el oficio 2001-288-JDPRM., de 3 de noviembre del 2001, emitido por el señor Capt. de Policía MIGUEL ÁNGEL CUSTODE, al Agente Fiscal de Loja, sobre el análisis de las muestras extraídas del cadáver del SUBT. DEL EJÉRCITO ROBLES ERAS JULIO RUBÉN, (fs. 675 a 681) establece "alcoholemia = 0.37% (gramos por 100 ml de sangre)" y la "tabla de toxicidad en la ingestión etílica", según la cual "cifras por encima de 0.40% llevan a coma, hipotermia, hoporeflexia, anestesia, colapso y son frecuentemente fatales" y, mediante oficio nro. 1059-INH-ZN-2001, de 10 de septiembre del 2001, el Jefe Administrativo del Instituto Nacional de Higiene "Leopoldo Izquierda Pérez", Zona Norte, remite "los resultados histopatológicos de las muestras correspondientes de quien en vida fue Subteniente JULIO RUBÉN ROBLES ERAS" (fs. 774 a 775). A fojas 502 a 503, mediante oficio nro. 1234-2001-DINHZN, de 24 de octubre de 2001, la Directiva del Instituto Nacional de Higiene, Zona Norte, remite los resultados de los análisis histopatológicos de las muestras cervical y tejido fibrótico de región dorsolumbar, tomadas del cadáver de quien fue JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, solicitada luego de la segunda autopsia por los peritos médicos DRS. ENRIQUE SANTILLÁN y SANDRA ANDRADE, en el que consta: "DIAGNÓSTICO: TEJIDO FIBROSO DE REGIÓN

DORSOLUMBAR PROCESO INFLAMATORIO AGUDO, HEMORRAGIA PRIMERA VÉRTEBRA CERVICAL (ATLAS) SIN PATOLOGÍA TRAUMÁTICA, DEFECTO ANATÓMICO DE CIERRE DE ARCO POSTERIOR, CONCLUSIÓN, NO HAY SIGNOS DE FRACTURA DE VÉRTEBRA CERVICAL Y EL DEFECTO DE CIERRE DE ARCO POSTERIOR, INDICADO POR LA ACTIVIDAD OSTEOPLÁSTICA Y DE CONDOPLASTOS REFLEJA QUE ESTABA OCUPADA POR CARTÍLAGOS EN PROCESO DE OSIFICACIÓN". Los peritos médicos DR. WILLIAM ÁLVAREZ, NELSON VITERI, RAFAEL HERRERA, en informe presentado el 8 de octubre de 2001 y que consta de fojas 465 a 470 concluyen: 1) "Cadáver exhumado en avanzado estado de putrefacción, sin evidencias de fracturas". 2) La primera vértebra cervical (Atlas), con falta de fusión del arco posterior como variante anatómica (no hay signos de lesión ósea traumática, los agujeros transversos son simétricos y están conservados). 3) La causa de muerte no se puede determinar debido al avanzado estado de putrefacción. Se precisa indicar que los doctores JULIO RIGOBERTO SOTOMAYOR ALVEAR y MARCO ANTONIO JARAMILLO ALVARADO, que son los peritos que intervinieron en la primera autopista (fs. 257 a 261), manifiestan no ser especialistas en Medicina Forense, recalcan que les llamó la atención una marcada movilidad de cabeza, flexibilidad de cuello y cabeza, tanto anterior como posterior, lateral de ambos lados, tanto para la flexión, extensión y los movimientos de lateralización y determinaron la posible causa de la muerte, traumatismo raquimedular. Las pruebas materiales que se han hecho a través del Fiscal, de conformidad al actual Código de Procedimiento Penal común, están agregados al proceso de una manera legal, no obstante no significa que se le dé al informe de la primera autopista la credibilidad necesaria, por estar en contradicción con el segundo protocolo de necropsia e informe de la Directora del Instituto Nacional de Higiene. Frente a estos informes de inmenso valor para establecer la existencia física del hecho incriminado este Tribunal tiene que apreciarlos, conforme a las reglas de la sana crítica, principio de hermenéutica universal consagrada en el art. 86 del nuevo Código de Procedimiento Penal en vigencia, regla esta de apreciación que contenía también la anterior en el art. 64. Consecuentemente, descartado el traumatismo raquimedular, es evidente que no se ha establecido la causa de muerte violenta que se ha producido, indudablemente en el interior de la pieza denominada "Villa Cariño", en donde fueron encerrados el Sbte. JULIO ROBLES ERAS, con los Subts. PAÚL BOLÍVAR CAÑIZARES MESIAS, CARLOS FERNANDO ROBALINO BENALCÁZAR y WILSON PATRICIO ARAQUE ESPINOZA, sin prever los sindicatos, que ordenaron encerrarlos, los riesgos negativos por el completo estado de embriaguez con grado de avanzada alcoholemia, dejándoles bajo llave y en grave riesgo, en un medio desconocido, completamente oscuro, en condiciones de inhabilitación y sin el cuidado necesario que todo ser humano necesita para una

recuperación de una aguda alcoholemia e ingestión de alimentos tóxicos para la salud. **CUARTA. PRUEBA ORAL:** Consta de autos que la víctima se embriagó junto a sus compañeros Subtenientes ARAQUE, CAÑIZARES y ROBALINO, en el Casino de Oficiales, durante el almuerzo mal llamado de “bienvenida” ofrecido por los Oficiales del Batallón nro. 21 “MACARÁ”: que se durmieron en el Policlínico y posteriormente dejados dormidos a consecuencia de la embriaguez forzada, por los Cabos JOSÉ FARIAS, CARLOS ENRIQUE JAÉN (fs. 201 a 204 y 743 a 743 vta.) con la ayuda de ocho conscriptos en la “Villa Cariño”, en donde ha sido encontrado muerto por el señor CAPT. VARELA GUERRÓN y el SGOP. MONTES ZUMBA. Que ordenar encerrarlos en esas habitaciones y ejecutar esas disposiciones, les hace corresponsables a los señores MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA, CAPT. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN. Los principales hechos relatados en el auto cabeza de proceso y que establecen la culpabilidad de los procesados se encuentran en las mismas declaraciones de los sindicados así como: a fojas 178 a 181 vta. en la parte esencial de su declaración el señor MAYOR INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, al referirse al almuerzo de bienvenida expresa textualmente lo siguiente: “... se sirvió primero y como salonerero el señor EMCI. VEINTIMILLA, a quien se pidió la colaboración, también para que participe como tal, sirvió a los Oficiales antiguos, para luego atender a los nuevos, pero la sopa que consistía en caldo de patas, coloqué PERSONALMENTE DOS CUCHARITAS DE AJÍ PROCEDIENDO A MOVER Y LUEGO SERVIR EN LOS PLATOS QUE SE IBAN A SERVIR LOS SUBTENIENTES NUEVOS, luego de la sopa y no vi esto, pero estaba hablando en ese sentido que uno de los Oficiales, debía invitar a un brindis por la bienvenida de los Oficiales nuevos, para lo cual pedí al salonerero un whisky, a esto el salonerero vino al interior de la cocina y llevó cuatro botellas de whisky que debían ser puestas en los puestos de los Oficiales nuevos, ahí mismo cabe notar que no vi este asunto si no que como estaba hablando, debía hacerse de la siguiente manera para este brindis, debía tomar la palabra el SUBT. JARAMILLO, como Subteniente más antiguo de la última promoción para lo cual él también pidió una botella de whisky, la misma que fue preparada con COCA COLA y AGUA MINERAL. Luego de ese brindis debían continuar los Oficiales nuevos con sus respectivas botellas, a esto uno de los Oficiales debía haber pedido un cigarrillo y al ver que no disponía debía pedir al salonerero cigarrillos para los Oficiales, a lo cual el señor salonerero les entregaba un cartón conteniendo diez cajetillas para cada uno de los Subtenientes nuevos, procediendo luego a invitar a los presentes, luego se sirvió el segundo plato el mismo que consistía en arroz con guata y una rodaja de tomate, SIRVIENDO EN FORMA NORMAL A LOS OFICIALES ANTIGUOS, en el acompañado de este plato, así mismo, para los Oficiales nuevos colocó comino de un frasco del tamaño de diez centímetros, el un tercio del contenido, procediendo a mover y

servir en los platos; adicional a esto, para el arroz se cortó una naranja y el jugo de la misma se roció en el arroz, **el tomate había sido untado con un poco de pasta dental en la parte inferior**”. A su vez el cosindicado CAPT. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY, de fojas 186 a 189, en la parte esencial dice: “...en el almuerzo de bienvenida se repartió una botella de whisky nueva, que inmediatamente el SUBT. VEINTIMILLA le sugirió que le pase una botella de whisky Grants, pero esta botella contenía Coca Cola con agua que le daba la coloración como si fuera whisky, luego brindaron los Subtenientes, para posteriormente continuar en el almuerzo. Indica también que en ningún momento fue una disposición que los Subtenientes bebieran y pero aún que debían terminar la botella. El señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, refiriéndose al almuerzo de bienvenida, a fojas 206 textualmente expresa: “Cabe anotar que mi Mayor Segovia me autorizó para que acompañase al almuerzo en el Casino de Oficiales, me dirigí al Casino, ingresé al mismo, nos reunimos en la Sala, en la cual estaban los nuevos Subtenientes, los Oficiales antiguos y el señor Sargento PEÑAFIEL TOMÁS que ha estado reemplazando a mi Mayor, pasamos al almuerzo, nos servimos la sopa los Oficiales antiguos, en ese momento me percaté que el salonerero era el señor EMCI. VEINTIMILLA que cumple las funciones de sastre en la Unidad, luego al pasarles la sopa a los Subtenientes nuevos, me percaté que era **diferente a la que nos habían servido**, de color rojizo; luego el Subt. JARAMILLO pidió autorización al señor Sargento Peñafiel que se encontraba reemplazando a mi Mayor para realizar un brindis, el mismo que le autorizó; el Subt. JARAMILLO pidió una botella de whisky al salonerero e inmediatamente el mencionado trajo una botella de whisky para cada Subteniente nuevo y le pidió una diferente que era de Grants, el Subt. JARAMILLO se sirvió de esta botella de Grants un vaso lleno y el salonerero le sirvió a los Subtenientes igualmente un vaso lleno de la botella de cada uno de los Subtenientes; a los Oficiales antiguos nos sirvieron de la otra botella un poco de cada vaso, al realizar el brindis, el Subt. JARAMILLO **se tomó todo el contenido del vaso**, a lo que el mencionado les indicó a los **Subtenientes que debían tomar como él**, ingiriendo los Subtenientes el licor; al tomar lo que me había servido en mi vaso me percaté que no era licor sino un preparado de agua con Coca Cola, luego nos sirvieron el segundo e igualmente me percaté que el acompañado de los Subtenientes nuevos era diferente que del resto de Oficiales antiguos, era de un color negruzco la guatita, en ese momento el Subt. CAÑIZARES pidió autorización para realizar el brindis por las Armas e igualmente se sirvieron un vaso lleno y cada uno hizo un brindis y procedió a ingerir licor; igualmente ya se había terminado la botella preparada y pidieron otra botella para los Oficiales antiguos que tenía el mismo contenido, luego sirvieron un postre que consistía en un flan a lo cual también me percaté que de los Subtenientes también era diferente, un color más amarillento, mismo que no fue probado por los Subtenientes”. De fojas 235 a 239 y 244, rinden sus testimonios los señores

SUBT. PAÚL BOLÍVAR CAÑIZARES MESÍAS, SUBT. CARLOS FERNANDO ROBALINO BENALCÁZAR y SUBT. WILSON PATRICIO ARAQUE, quienes de una manera coincidente se refieren en la parte principal de sus declaraciones al almuerzo de bienvenida, su brindis con botellas de whisky para cada uno de ellos, las otras botellas de whisky para los otros Oficiales antiguos que era una simple mezcla de cola y agua, que de esta manera inducían a que esos nuevos Oficiales tomen por completo los verdaderos vasos llenos de licor que los proporcionaba el salonero, hasta perder el conocimiento y ser internados en Villa Cariño. Los señores CBOS. PEDRO JOSÉ FARÍAS LAN y CARLOS ENRIQUE JAÉN GONZÁLEZ, son concordantes para indicar que los Subtenientes nuevos estaban en el interior de la Villa Cariño, con candado y que en su interior hacía un calor sofocante. Los señores SUBT. WILSON GONZÁLEZ LÓPEZ (fs. 183 a 185), SUBT. ULVIO ESTUARDO CONDO GÓMEZ (fs. 194 a 196 y 664 a 665), SUBT. ÁNGEL CHERRY JARAMILLO GUTIERREZ (fs. 197 a 198 vta. y 663 vta.), CPTO. EDUARDO PATRICIO MASABANDA LAURA (fs. 740), JOSÉ ÁNGEL VEINTIMILLA (fs. 740 vta. a 741), EMCI. JAVIER WLADIMIR PALACIOS ARIAS (fs. 247 a 247 vta.) y CPTO. WILSON FERNANDO GÓMEZ RUÍZ (fs. 741 a 742), corroboran los testimonios de los “Subtenientes nuevos”. “Bebieron durante el almuerzo hasta que fueron llevados al Policlínico del BI-21 “Macará” totalmente borrachos”, como afirma categóricamente el EMCI. JOSÉ ANGEL VEINTIMILLA, que ha recibido la orden del señor Mayor JORGE SEGOVIA de “que suba a la hora del almuerzo al Casino de Oficiales, para el almuerzo de bienvenida a los señores Subtenientes nuevos, a fin de que “haga las veces de salonero”. La Enfermera del Policlínico, señora EMCI. EURILIA PIEDAD YAGUACHI, en las partes esenciales de su declaración que obra de fojas 192 a 193 vta. expresa: “llegaron los señores Subtenientes nuevos en compañía del CAPT. PARREÑO, los cuatro Subtenientes, estaban en estado etílico. A los dos Subtenientes ROBLES Y ROBALINO, los hice pasar inmediatamente a hospitalización porque no podían ni pararse de lo borrachos que estaban, de ahí el CAPT. PARREÑO hizo pasar primero la ficha médica al SUBT. CAÑIZARES, a él le tomé lo que es peso, estatura, dio los nombres y apellidos al MAYOR. SEGOVIA, que hacía como SGTO. ENFERMERO (sic), luego lo hice acostar en el sheilón desvestido, completamente desnudo, porque esa es la orden que me dio el MAYOR. SEGOVIA, con la tijera le corté el vello púbico y en él también utilicé la rasuradora para rasurarle el vello púbico. Le puse supositorio en el ano y una ampolla de ACROSIN B a la vena; teníamos también una bandeja de harina lista para realizar la prueba de la harina, que el MAYOR SEGOVIA me indicó que les haga sentar ahí encima de la harina con el propósito de probar si son o no homosexuales, pero no se les pudo hacer porque estaban totalmente borrachos. Procediendo de igual manera por orden del CAPT. LUIS PARREÑO, con el Subteniente ARAQUE. En otra de sus partes

esenciales de su declaración, la señora YAGUACHI manifiesta “debo indicar que al Subteniente Robalino no se le elaboró la ficha médica y no se le hizo nada igual al Subteniente ROBLES porque ellos ya estaban acostados cada uno en una cama, luego yo entré y me llevé las ampollas de Acrosin B y le puse al Subt. ROBALINO una ampolla de Acrosin a la vena para que se recupera, ya que es bueno inyectar esa medicina cuando las personas están embriagadas, de ahí procedí a poner la inyección de Acrosin al Subt. ROBLES así mismo para ayudarlo, porque eso estaba prescrito por el médico, en ese momento el Subt. ROBLES en la cama movía los brazos, la cabeza y se quedó acostado en una mala posición, regresé y le dije al conscripto que le pasaba al Subteniente y me respondió que el Subteniente se había caído, en ese momento yo le examiné la cabeza, el cuello, yo le vi los brazos, el Subteniente no tenía golpe ni ninguna magulladura e incluso le tomé el pulso y tenía 120 pulsaciones que es normal en el estado en el que se encontraba, luego salí afuera de la sala y nos sentamos con el Capt. PARREÑO y el Cabo. FARIA y en ese momento el Capt. PARREÑO llamó por motorola para que le manden voluntarios a fin de trasladar a los Subtenientes a la Villa Cariño, pero yo le dije al Capitán que los dejara en el Policlínico porque estaban totalmente chumados y ya estaban ubicados cada uno en una cama y el Subt. ARAQUE en el sheilón y ya estaban dormidos, **le volví a decir al Capitán PARREÑO, Capitán déjelos en el Policlínico porque están chumados** y él me dijo que tenía que llevarlos a la Villa Cariño porque ya estaban alojados ahí, pero él me dijo que no porque se han de vomitar igual que el año pasado y en ese instante llegó el Capt. Varela con unos Conscriptos y empezaron a llevarlos a los Subtenientes en hombros”. Finalmente, los testimonios de los Conscriptos SEGUNDO WILDER MARTÍNEZ (fs. 248), HÉCTOR CEDILLO (fs. 249), EDGAR CRISTOBAL MUÑOZ (fs. 250); JACINTO FELIPE CARPIO (fs. 251); EVER ALCÍVAR ZAMBRANO (fs. 254) y CARLOS ZAMBRANO (fs. 255), dan mayor veracidad a los hechos materia del enjuiciamiento. Por lo expuesto, al haberse obtenido la prueba física del ilícito o comprobación del cuerpo del delito, así como la presunción de la culpabilidad de los apellidos, este Tribunal, desechando los recursos de apelación interpuestos por los sindicatos, confirma el auto venido en grado, precisando que el art. 179 del Código Penal Militar es la disposición aplicable al presente caso. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Valm. Gabriel Garrido, Presidente; Grad. Richelieu Levoyer Tnte. Gral. Fernando Martínez de la Vega CPNV. CSM DR. Carlos Romero y Dr. Enrique León. Ministros Jueces.**

ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

CORTE DE JUSTICIA MILITAR. Quito, 22 de agosto de 2002. Las 15h45.

VISTOS: El juicio penal militar nro. 05-2001-III-ZM-1 que sigue en contra de los señores MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ANTONIO

PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN por muerte del SBTE. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, viene a conocimiento del Tribunal en virtud de que los sindicatos han solicitado ampliación y aclaración del auto confirmatorio de llamamiento a juicio plenario dictado por esta Corte con fecha 23 de junio de 2002. Al respecto, el sindicato señor CAPT. VARELA pide se aclare “a) ...hasta qué punto, lo que no es prueba en el Procedimiento Penal de Justicia ordinaria, que se conduce a través del sistema procesal acusatorio, si es prueba, en la justicia militar, que se conduce a través del sistema procesal inquisitivo”; y, “b) ...que se consigne (cuál) es el nexo causal entre la conducta imprudente, con la muerte de la supuesta víctima”. De igual manera, los sindicatos Mayor SEGOVIA y Capt. PARREÑO solicitan que se amplíe y aclare lo siguiente: “1) Si es verdad que la designación del señor Juez Primero de lo Penal de la Tercera Zona Militar no se hizo de la terna preparada por la H. Corte de Justicia Militar, como tampoco fue nombrado por el señor Ministro, razón por la cual carecía de jurisdicción y competencia; y, 2) Al no haberse establecido la causa que provocó la muerte del señor Oficial ROBLES ¿cuál es la relación de causalidad existente entre la conducta de los sindicatos y el resultado luctuoso, es decir, y la muerte del occiso, que lleve a establecer presunciones de responsabilidad penal en contra nuestra?”. Planteada así la aclaración y ampliación, el Código de Procedimiento Civil otorga a los procesados el derecho de solicitar “aclaración o ampliación”, en virtud de que los códigos procesales penales no ha previsto estos recursos; y, el art. 286 del Código de Procedimiento Civil, respecto de la sentencia determina que “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre puntos, intereses o costas”; consecuentemente, los autos resolutorios o autos interlocutorios dictados dentro de las causas penales militares, se refieren a que la aclaración tendrá lugar si el auto de llamamiento a juicio plenario **fuere obscuro y la ampliación** cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos que por mandato de la Ley Procesal, el Juez o Tribunal debe resolver en estos autos. Respecto al punto b) de la petición del CAPT. VARELA, conviene aclarar que el art. 71 del Código de Procedimiento Penal Militar dice “Concluido el sumario y emitida la vista fiscal si la hubiere, el Comandante de Zona, de no estar prófugo el sindicado y de estimar hallarse comprobada la existencia de la infracción y haber indicios y otras pruebas de culpabilidad contra el sindicado, dictará el auto de llamamiento a juicio plenario y ordenándole que rinda su confesión y que nombre defensor dentro de dos días. De este auto se podrá apelar para ante la Corte de Justicia Militar y lo **(sic)** llevará a ejecución, sin más recurso”. Por lo tanto, la Corte de Justicia Militar debe pronunciarse sobre la existencia de la infracción y sobre los indicios u otras pruebas de culpabilidad contra los sindicatos, para confirmar o revocar el auto de llamamiento a juicio plenario impugnado. Confirmado el citado auto por este Tribunal, por existir indicios

o presunciones de culpabilidad contra los sindicatos, si “el nexo causal” o “la relación de causalidad” entre la infracción y los responsables, determina la culpabilidad de los procesados, será pues, objeto de dicha comprobación en la etapa del plenario; por consiguiente, no es procedente la solicitud de que se consigne cuál “es el nexo causal entre la conducta imprudente con la muerte de la supuesta víctima” o “la relación de causalidad existente entre la conducta de los sindicatos... y la muerte...” del que fuera Sbte. ROBLES. En relación al numeral 1) de las peticiones de los señores Mayor SEGOVIA y Capt. PARREÑO, que se refieren a los nombramientos de los jueces penales militares de acuerdo con el art. 81 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, Título VIII, que quedó vigente en la actual Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y que reforma el art. 35 de la Ley Orgánica del Servicio de Justicia en la Fuerzas Armadas “los Juzgados Penales Militares están integrados por: a) Un Juez; b) Un Fiscal; c) Un Defensor de Oficio; d) Un Secretario; y, e) El personal de Secretaría que fuere necesario. El personal de los juzgados penales militares será designado por el Comandante General de cada Fuerza”; y, precisamente por haberse producido esta reforma, este Tribunal en el primer considerando declara la validez procesal. Por lo expuesto anteriormente, no procede la aclaración ni la ampliación del auto confirmado dictado por la Corte de Justicia Militar y consecuentemente se desecha las solicitudes presentadas por los sindicatos. **Notifíquese y Devuélvase.**

f) **Valm. Gabriel Garrido, Presidente; Grad. Richelieu Levoyer Tnte. Gral. Fernando Martínez de la Vega CPNV. CSM DR. Carlos Romero y Dr. Enrique León. Ministros Jueces.**

APELACIÓN DE LA SENTENCIA

CORTE DE JUSTICIA MILITAR. Quito, 09 de diciembre de 2003. Las 10h25.

VISTOS: El juicio penal militar nro. 05-2001-III-ZM-1, que sigue en contra de los señores MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, por “INFRACCIÓN CONTRA LAS PERSONAS (MUERTE DEL SUBT. DE TRP. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS)”, viene a este Tribunal en virtud del recurso de apelación de la sentencia interpuesto por el señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, de los recursos de nulidad y de apelación interpuestos por los señores MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA y CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY. Una vez que el señor Ministro Fiscal ha emitido su dictamen, para resolver se considera: **PRIMERO.** En el trámite de este proceso, no se ha incurrido en causa alguna de nulidad de las previstas en el art. 166 del Código de Procedimiento Penal Militar, por lo cual se declara válido. **SEGUNDO.** Mediante oficio nro. 2001-125-III-DE-f, de 31 de agosto de 2001, Comandante de la Tercera División de Ejército “Tarqui”, dispone que se inicie “la

acción legal correspondiente” y remite para el efecto, “en 160 fojas útiles y un video, la documentación del fallecimiento del señor SUBT. ROBLES ERAS JULIO RAMÓN (RUBÉN)”, que perteneciera al BI-21 “Macará”. El señor Juez Primero de lo Penal de la Tercera Zona Militar, dicta, con fecha 31 de agosto de 2001, el auto cabeza de proceso, sindicando en la causa, a los señores MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, a base del “INFORME PRELIMINAR nro. 3 del GIM-3”, por venir en conocimiento que, “en cumplimiento de las disposiciones impartidas por la Sección de Personal de la 7-BI ‘LOJA’, los Subtenientes Robles Eras Julio Rubén, Cañizares M. Paúl B., Robalino Benalcázar Carlos Fernando y Araque Espinoza Wilson Patricio, se han trasladado con destino al Batallón de Inf. nro. 21 “MACARÁ”; que en esta Unidad el Tnte. González Jhon, luego de recibir disposiciones del señor Mayor Jorge Segovia, ha conducido a los señores Subtenientes, dos en cada pieza cerrando las puertas con candado... el 2205.30-AGO-2001,... a partir de las 12h10 hasta las 12h30, los cuatro Subtenientes han recibido la disposición de prepararse para el rancho y formar frente al Casino de Oficiales a órdenes del Capt. Luis Parreño... una vez reunidos los Subtenientes y el Sgos. Peñafiel Tomás quien hacía las veces de Comandante de Batallón, todos han procedido a ocupar los respectivos lugares en la mesa, ...los Subtenientes han recibido un plato que previamente había sido preparado por el Mayor Jorge Segovia y que contenía abundante ají; concluido el primer plato, se ha propuesto realizar un brindis, para lo cual se le ha pasado a cada uno de los Subtenientes una botella de whisky de un litro, en tanto que para el resto de oficiales se ha puesto (**sic**)... consistente en arroz con guatita, plato así mismo, preparado por el Mayor Jorge Segovia, quien en el acompañado ha vertido aproximadamente medio frasco de comino, poniendo además una rodaja de tomate posiblemente untada con pasta dental; ...al concluir de consumir el contenido de este plato se ha realizado un nuevo brindis, en donde los Subtenientes han sido obligados a consumir toda la botella de licor, razón por la cual, luego del rancho, todos los Subtenientes han resultado embriagados; ...aproximadamente a las 14h30, previa coordinación con el personal del Policlínico de la Unidad, los Subtenientes han sido conducidos a esa dependencia con el fin de realizarles las fichas médicas...; ya en el Policlínico y debido al avanzado estado de embriaguez en que se han encontrado los Subtenientes Robles y Robalino, éstos han sido conducidos a la sala de pacientes ocupando las camas cuatro y cinco respectivamente; ...durante la permanencia de los Subtenientes en el Policlínico, previa coordinación con el Dr. Edmundo Ortiz, médico de la Unidad, la señora Enfermera Piedad Yaguachi, ha suministrado a los Subtenientes una ampolla de Acrosin”; “aproximadamente las 5h30 (**sic**) y ante la imposibilidad de continuar con la evaluación médica, previo conocimiento y siguiendo la disposición del señor Mayor Jorge Segovia, los Subtenientes han

sido conducidos a la “Villa Cariño” para que puedan recuperarse, disponiendo ...al señor Capt. Rommel Varela que envíe un personal de voluntarios para que trasladen a los Subtenientes hacia su alojamiento y que, una vez que se les deje en el interior de las piezas, las puertas se cierren con candado,... inmediatamente el Capt. Rommel Varela le ha dado la disposición al Cbos. Farias y éste le ha pedido al Cbos. Jaén que le colabore llevando a los Subtenientes a su alojamiento”; “el Cbos. Carlos Jaén ha procedido a llevar a los Subtenientes, para lo cual ha distribuido al personal de Conscriptos, de la siguiente manera: al Subt. Cañizares le han ayudado los Cptos. Héctor Cedillo y Segundo Martínez; al Subt. Robalino... los Cptos. Edgar Muñoz y Jacinto Carpio; al Subt. Julio Robles... los Cptos. Edgar Agustín Intriago y Víctor Soto; y, al Subt. Araque... los Cptos. Ángel Alcivar y Juan Zambrano;... al llegar a la “Villa Cariño” y debido al gran calor que se ha sentido al interior de la pieza, el Cbos. Carlos Jaén ha tomado la decisión de desvestir a los Subtenientes, a fin de evitar que éstos se sofoquen pidiendo para ello la colaboración de los conscriptos Víctor Palacio, Néstor Castillo y Daniel Saltos: ...de acuerdo a la disposición emanada por el Capt. Rommel Varela, se ha procedido a cerrar las puertas y asegurar las mismas con candado, al concluir su trabajo ha entregado al Cbos. Farias, tres llaves que permitían el acceso a la pieza;... el Cbos. Farias, a su vez, ha entregado las llaves al Capt. Rommel Varela indicándole que en la “Villa Cariño” el calor era sofocante por lo que se había procedido a desvestir a los Subtenientes dejándoles únicamente con su prenda interior;... una vez que los Oficiales se han encontrado alojados en el interior de la “Villa Cariño”, el Capt. Rommel Varela ha procedido a dar parte que la tarea ha sido cumplida, recibiendo en ese momento la disposición de que los Subtenientes debían pasar lista a las 20h00...; aproximadamente a las 19h20 el Capt. Rommel Varela se ha dirigido a la “Villa Cariño”, con la finalidad de despertar a los Subtenientes y darles la disposición de pasar lista a las 20h00... al percatarse que continuaban dormidos da parte de la novedad al Mayor Jorge Segovia, a quien le ha sugerido que los Oficiales sigan descansando hasta las 21h00;... aproximadamente a las 20h20 el Capt. Rommel Varela se ha dirigido nuevamente a la “Villa (**sic**) por los Subtenientes Cañizares y Robalino, se ha percatado que continuaban en estado etílico, al ingresar a la segunda pieza ocupada por los Subtenientes Robles y Araque, se ha percatado que uno de los Oficiales continuaba dormido en tanto que el otro se encontraba con el cuerpo frío y sin reaccionar o emitir sonido (Subt. Julio Robles), al tratar de despertarle simultáneamente el Sgos. Marcelo Montes constata que el cuerpo se encontraba frío, dando parte inmediatamente el Capt. Rommel Varela de la novedad suscitada al Mayor Segovia por medio de la Radio Motorola... al acudir el Mayor Jorge Segovia al lugar donde se encontraban alojados los Subtenientes y darse cuenta de la situación, ha mandado a llamar al médico de la Unidad a fin de que se preste la atención médica al Subt. Julio Robles y ante la falta de implementos médicos adecuados, el Doctor ha sugerido su traslado

al Hospital Civil de Macará en donde los médicos residentes han confirmado el fallecimiento del Subt. Julio Robles”, y, “Que según el Informe Médico Legal de la Autopsia realizada del señor Subt. Julio Rubén Robles Eras, la posible causa de su muerte se debió a un traumatismo raquimedular, señalando los médicos que se podrá tener una apreciación más acertada luego de la realización de los respectivos estudios de líquidos y tejidos de órganos”. Efectivamente, luego de la exhumación y de la autopsia del cadáver, se estableció que la causa de la muerte del SUBT. ROBLES no se debió un traumatismo raquimedular. **TERCERO.** El 31 de julio de 2003, el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, por considerar que se ha “probado conforme a derecho la existencia material de la infracción (sic) como la responsabilidad directa de los procesados, en la comisión del delito tipificado y sancionado por el art. 179 del Código Penal Militar”, declara “a los señores MAYO. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO (sic) PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN; ...autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 179 del Código Penal Militar, al tenor de lo dispuesto en el art. 29 del mismo cuerpo legal, por lo que, de conformidad con los considerandos de este fallo, se les impone la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL,...”. Dentro de los términos legales, el señor Capitán de Inf. ROMMEL VARELA GUERRÓN interpone recurso de apelación de la sentencia (fs. 1.479 a 1.480) y los señores MAYOR DE INF. JORGE SEGOVIA NEIRA y LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY interponen los recursos de nulidad y de apelación. **CUARTO.** Los señores MAYOR DE INF. JORGE SEGOVIA NEIRA y CAPITÁN DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY fundamentan el recurso de nulidad, expresando que “en la presente causa no se ha determinado conforme a derecho la existencia del cuerpo del delito pues jamás se ha logrado determinar la causa de la muerte del SUBT. DE TRP. JULIO RUBÉN ROBLES HERAS (sic); y, que “el señor Capitán de Justicia Jaime Encalada Montalvo, Juez Primero de lo Penal Militar, nunca justificó dentro de la causa haber sido nombrado Juez conforme las leyes militares lo disponen, careciendo de jurisdicción y competencia...”. Agregan que, “en la tramitación de esta causa se han violado normas elementales de procedimiento, además de derechos fundamentales amparados por la Constitución Política del Estado, lo cual anula todo lo actuado en este juicio, siendo ilegal toda resolución (sic), la Corte de Justicia Militar ya estableció, al conocer y confirmar el auto de llamamiento a juicio plenario, que el señor CAPITÁN DE JUST. DR. JAIME ENCALADA MONTALVO ha sido nombrado legalmente, de conformidad con lo previsto en el art. 81 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (Título VIII, que dejó vigente la actual Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas), disposición “que reforma el art. 35 de la Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas”; y, en lo que se refiere al “cuerpo del delito”, declara expresamente que confirma el auto de llamamiento a juicio plenario, “al haberse obtenido

la prueba física del ilícito o comprobación del cuerpo del delito, así como la presunción de la culpabilidad de los apelantes”. El señor CAPITÁN DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN interpone recurso de apelación de la sentencia dictada por el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, “para ante la Excm. Corte de Justicia Militar, Tribunal en donde haré valer mis derechos, que han sido vulnerados en esta instancia –dice el recurrente– por el señor Juez, que emitió este fallo completamente ilegal e inconstitucional, porque al no haberse determinado la causa de la muerte, simplemente imposible, establecer la responsabilidad culposa de los supuestos imputados en esta causa y peor de mi persona, que jamás he intervenido en planificación alguna de bienvenida a los Subtenientes nuevos”; “sabemos que la prueba material no justifica en lo absoluto la existencia del delito en la muerte del Subteniente Robles Eras, como errónea y equivocadamente se hace constar en la sentencia. No se ha analizado la abundante prueba testimonial, documental, pericial, etc., que consta en autos en este proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Tampoco se ha tomado en cuenta las disposiciones tipificadas en el art. 19 y 20 del Código Penal Militar. No se ha considerado las CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD determinadas en el art. 26 de la antes invocada ley, que sí las hay en más de tres. Nunca se estableció el grado de participación de los supuestos sindicados, conforme a Derecho para establecer las penas, se habla de autor intelectual (planificación), de autores materiales, cómplices y encubridores, empero en forma sorpresiva y errada, se impone la pena de tres años de prisión correccional a todos los implicados en este juicio, de conformidad con el art. 179 del Código Penal Militar” (fs. 1.479). Los señores MAYOR DE INF. JORGE SEGOVIA NEIRA y CAPT. DE INF. LUIS ANTONIO PARREÑO PINCAY, apelan de la sentencia dictada por el señor Juez de Derecho, deduciendo que “la prueba, actuada dentro del proceso, demuestra que es imposible determinar la causa de la muerte de quien en vida fue Subteniente de Transportes Julio Rubén Robles Heras (sic), investigada en esta causa, elemento fundamental para lograr establecer la responsabilidad de los encausados, no basta únicamente dicen los recurrentes que en la mente del juzgador antojadizamente los sindicados aparezcan como autores del hecho, esto debe ser concretamente demostrado y sustentado con las diligencias probatorias, correcta y legalmente practicadas dentro del proceso y no únicamente en el ámbito morbo y aberrante de encontrar culpables en un hecho absolutamente fortuito” (fs. 1.483). Afirman además que las declaraciones “de todas las personas que podían tener conocimiento de lo sucedido... son absolutamente coincidentes, ninguna aporta según elemento que podría considerárselo como causante del deceso investigado en el proceso...”. Dicen que (sic) lesión jamás existió”. Alegan los procesados, MAYOR DE INF. JORGE SEGOVIA NEIRA y CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY, que no se han tomado en cuenta las circunstancias atenuantes constantes en los

artículos 24 y 26 del Código de Procedimiento Penal Militar, y que la sentencia dictada en esta causa no considera lo contenido en el artículo 24 del cuerpo legal mencionado, especialmente en los numerales 2, 3, 10 y 11 ni tampoco en el art. 25 de la norma aludida. El señor CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY manifiesta que “de ninguna manera se ha configurado el delito tipificado en el art. 179 del Código Penal Militar, que se refiere a los homicidios causados involuntariamente por falta de previsión o precaución”, ya que “el término ‘causados’,... implica un grado de intencionalidad”; refiriéndose a las acepciones del verbo “causas”, como “Producir un efecto, ser causa y origen de un hecho”, a las “causas de justificación”, “causas de inimputabilidad” y “causas de inculpabilidad”, manifiesta que, en “el programa de bienvenida a los nuevos oficiales –costumbre que se encuentra institucionalizada desde hace mucho tiempo en el ambiente militar– y entre ellos al Subteniente Julio Rubén Robles Eras”, “nunca se procedió con la mala fe” pregunta si “¿organizar un programa social de bienvenida, haber brindado alimentos y licor que los oficiales recién llegados ingirieron en forma voluntaria, constituye acaso un delito punible tipificado en la legislación penal militar?”; que “en ninguna de las personas que participaron en la bienvenida existió la más mínima intención de causar lesiones, peor la muerte de los oficiales recién llegados”; que “en ninguna de las dos diligencias de autopsias que se practicaron sobre el cadáver del ahora occiso Subteniente Julio Robles Eras, se llegó a precisar la verdadera causa de su fallecimiento”; que “en la sentencia dictada por el inferior, en forma muy ligera, ya que no tienen otras argumentaciones convincentes, dice que la conducta de los encausados de ‘adecua’ a lo previsto en el art. 179 del Código Penal Militar, por lo cual al declararnos responsables del supuesto delito, nos impone la pena máxima de tres años de prisión correccional SIN HABER TOMADO EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR”; y, que “consta de autos varios certificados que abonan mi conducta ejemplar tanto dentro como fuera de la institución militar durante trece años y nueve meses que tuve el honor de pertenecer a las Gloriosas Fuerzas Armadas Nacionales”. **QUINTO.** Cabe mencionar que el art. 179 del Código Penal Militar tipifica el homicidio involuntario en los siguientes términos: “los homicidios causados involuntariamente por falta de previsión o precaución, serán sancionados con prisión de seis meses a tres años”, pero “el término ‘causados’”, concordando con el criterio del señor Ministro Fiscal, este Tribunal considera que no “implica un grado de intencionalidad”, como expresa el señor CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO (sic) PARREÑO PINCAY; causar involuntariamente, al contrario, significa causar sin intención, en forma culposa, que se consuma “cuando el acontecimiento (dañoso o peligroso), pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes”. En sentido contrario, causar voluntariamente,

es actuar con intención; es decir, cometer una infracción dolosa intencional, que se consuma “cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que (sic) art. 14. El señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, en su auto de llamamiento a juicio plenario consideró que “se halla comprobada, conforme a derecho, la existencia de la infracción” y “que los sindicados MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO (sic) PARREÑO PINCAY y CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRON son (los) presuntos autores...” del delito. La Corte de Justicia Militar confirmó el auto de llamamiento a juicio plenario “...precisando que el art. 179 del Código Penal Militar es la disposición aplicable al presente caso”, acusándoles, entonces a los procesados, de ser autores de homicidio involuntario. Pero en este caso, no se ha desvirtuado la prueba en que se fundamenta el auto de llamamiento a juicio plenario y la resolución de la Corte de Justicia Militar que lo confirma, respecto de la existencia de la infracción y de la participación de los procesados. Por el contrario, el señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, quien aclara que no ha participado “en planificación alguna de bienvenida a los Subtenientes, en los que está el hoy occiso Subteniente Julio Rubén Robles Eras”, y se declara “completamente inocente”; en su confesión manifiesta que, habiéndose presentado, “cumpliendo una Comisión de Servicio en la ciudad Cariamanga”, “el día que se presentaron los Subtenientes, fue designado en la Orden General como Jefe de Cuartel”, acompañó “en la hora del rancho por orden ... (del señor) Mayor Segovia a este rancho, en el cual participé hasta cierto punto, vista me encontraba de Jefe del Cuartel, procedí a pasar lista con todo el personal de la Unidad mientras el resto de Oficiales y Subtenientes permanecieron en el Casino de Oficiales..., después de un tiempo fui llamado por mi Capt. Parreño para que envíe unos ocho voluntarios al Policlínico, sin existir los mencionados”, procedió “personalmente a llevar a los Conscriptos a órdenes... (del) Capitán dándome la orden de que los Subtenientes sean enviados a descansar en la Villa Cariño y colocado la seguridad que era el candado, por tal motivo –admite el procesado– dispuse al Cabo Farias para que cumpla la orden emanada de mi Capitán Parreño”; afirma que el Cabo Farias le dio parte de que se ha cumplido la disposición, “procediendo a darle parte a mi Mayor Segovia –dice el confesante–, que los Oficiales se encontraban ya en la Villa Cariño, indicándole y recomendándole a la vez la posibilidad de llevarles a descansar al Casino de Oficiales, indicando en ese momento mi Capt. Parreño que no había ningún inconveniente que una noche más que duerman en el lugar y que sean picados por los zancudos no pasaría nada, a lo que nuevamente insistí y mi Mayor me ordenó que los Subtenientes pasaran lista de retreta conmigo a las 20h00, luego antes de pasar lista me dirigí al sector donde se encontraban descansando en un lugar totalmente oscuro en el cual solo se escuchaban ronquidos, a lo cual procedí a llamarle a mi Mayor Segovia, indicándole que los Subtenientes se encontraban dormidos todavía y tomando

en cuenta que como recibí la disposición de salir a un patrullaje a partir de las 20h00 a la ciudad de Macará, le indiqué que luego del patrullaje pasaría por la Villa Cariño para llevar a los Subtenientes al Casino, a lo cual mi Mayor me autorizó; luego de pasar lista y salir al patrullaje, retorné a la Unidad, me dirigí al sector de la Villa Cariño para llevar a los Oficiales al Casino y me encontré con la novedad de que en ese momento un Subteniente se encontraba un tanto frío y no respondía, inmediatamente procedí a dar parte a mi Mayor, al que fui a ver también a la Villa, (sic).

ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

CORTE DE JUSTICIA MILITAR. Quito, 20 de abril de 2004. Las 11h35.

VISTOS: Dentro del Juicio Penal Militar nro. 05-2001-III-ZM-1 que se sigue en contra de los señores MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN por “INFRACCIÓN CONTRA LAS PERSONAS (MUERTE DEL SUBT. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS)”, pasa a conocimiento de este Tribunal, por cuanto el señor CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN interpone recurso de apelación de la sentencia y los señores MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA y CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY interponen los recursos de apelación y nulidad. Al respecto, por considerar que se “ha probado conforme a derecho la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad directa de los procesados, en la comisión del delito tipificado y sancionado por el art. 179 del Código Penal Militar”, el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, mediante sentencia dictada el 31 de julio de 2003, declara “a los señores MAYOR JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, CAPT. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY y CAPT. ROMMEL VARELA GUERRÓN,... autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 179 del Código Penal Militar, al tenor de lo dispuesto en el art. 29 del mismo cuerpo legal, por lo que, ...se les impone la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL...”. Con sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 2003, la Corte de Justicia Militar “confirma la sentencia condenatoria dictada por el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, en aplicación del art. 179 del Código Penal Militar, para el señor Mayor JORGE SEGOVIA”; “En lo concerniente a los Capitanes LUIS PARREÑO y ROMMEL VARELA, se la reforma en el sentido de que, los señores Oficiales procesados, ...cumplirán las siguientes penas: el señor CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY, DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL; y, el señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL”. El Tribunal dispone que “las penas en mención se cumplirán en el interior del Centro de Detención Militar nro. 3, debiendo imputarse el tiempo que los procesados hubieren per-

manecido detenidos por esta misma causa, por así disponerlo el art. 69 del Código Penal Militar”. Los Códigos de Procedimiento Penal Militar y de Procedimiento Penal (común) no establecen esta especie de recurso legal, la aclaración y/o ampliación de las sentencias dictadas en los procesos penales. El Código de Procedimiento Civil, supletorio del Código de Procedimiento Penal (común) y, por extensión, del Código de Procedimiento Penal Militar, en lo no previsto en estos Códigos, establece, en el art. 285, que “el Juez dictó la sentencia, no puede revocarla o alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”, de notificada a los procesados. El art. 286 del mismo Código prescribe que “la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.” El art. 304-A del (sic) comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria”. Por lo tanto, los puntos controvertidos en un proceso penal militar, que el Juez o el Tribunal deben resolver en la sentencia condenatoria, son (sic) existencia de la infracción y la responsabilidad o culpabilidad de los procesados. Consecuentemente, al pronunciarse sobre el hecho que ha sido objeto del enjuiciamiento penal militar (considerando sexto), calificándolo como homicidio involuntario, tipificado y sancionado en el art. 179 del Código Penal Militar, por la muerte del que fuera Subt. Julio Rubén Robles Eras se produce en el interior de la denominada “Villa Cariño”, “en donde fueron encerrados”, el oficial fallecido y “los tres oficiales compañeros”, “en completo estado de ebriedad, dormidos por efecto del alcohol y abandonados en las piezas inhóspitas, en condiciones de inseguridad, expuestos a inminente riesgo por las características desfavorables del lugar y el estado de inconsciencia en que se encontraban”, y sobre la responsabilidad penal de los Oficiales procesados, que impartieron y cumplieron dicha orden, la Corte de Justicia Militar ha resuelto, indudablemente, en la sentencia condenatoria, los puntos controvertidos que han sido objeto del proceso. Además, el criterio de la Corte de Justicia Militar, respecto de la existencia del hecho punible y la responsabilidad de los procesados, expresado en la forma que queda indicada, consta expuesto con toda claridad en los considerandos de la sentencia. En cuanto se refiere a la gradación de las penas impuestas en la sentencia condenatoria, corresponde precisar que el art. 179 del Código Penal Militar sanciona el homicidio involuntario “con prisión de seis meses a tres años” y que el Tribunal tiene la facultad de imponer la pena, según la gravedad de los actos imputados a cada procesado, sin hacer sustitución alguna por la existencia de circunstancias atenuantes, aunque, para imponer el máximo de la pena prevista, debe haber “una o más circunstancias agravantes”, de conformidad con el art. 63 del Código Penal Militar. El señor Mayor Jorge Antonio Segovia Neira, quien cumplía las funciones de Comandante de la Unidad y el señor Capitán Luis Alfredo Parreño Pincay, intervinieron en “la preparación y ejecución de un programa

social de bienvenida a nuevos Oficiales (Subtenientes), cuyo alojamiento se había previsto y dispuesto por los mencionados Oficiales en la denominada “Villa Cariño” sin observar las disposiciones constantes en la Directiva nro. 11-99, emitida el 5 de agosto por parte de la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, particularmente la disposición general nro. 6 que textualmente dice: “queda definitivamente eliminados los BAUTIZOS DENIGRANTES, concretándose única y exclusivamente a una reunión social, con la participación de las autoridades del lugar donde se realizará la presentación de los nuevos Subtenientes y Soldados”; y pese a que el señor Capitán Rommel Varela Guerrón, Jefe de Cuartel en el día de los acontecimientos, quien no participó en la planificación ni durante la ceremonia del bautizo, solicitó autorización al señor Mayor Segovia y Capitán Parreño, para sacarlos de esa pieza, como le había sugerido el CBOS. Pedro José Farias Lam, ya “que era peligroso porque se podían morir”, por el estado de embriaguez en que se encontraban, el señor Mayor Segovia, no acepta oportunamente y el señor Capitán Parreño se opone manifestando que, **(sic)** Casino, me dirigí al Hospital en donde me informaron y pude conocer que el Subteniente evacuado había fallecido” (fs. 1.043 a 1.044). Por su parte, la señora EMCI. EULIRIA PIEDAD YAGUACHI ZUMBA, a la fecha de los acontecimientos, Auxiliar de Enfermería, prestando sus servicios en el Batallón de Infantería nro. 21 “Macará”, asevera que estuvo en el Policlínico a las 14h20, que “ingresó primero al Policlínico al Mayor Segovia, ... luego llegaron los señores Subtenientes nuevos en compañía del Capt. Luis Parreño, los cuatro Subtenientes estaban en estado etílico, embriagados, los dos Subtenientes Robles y Robalino los hice pasar directamente a hospitalización porque no podían ni pararse de lo borrachos que estaban...”; que “el Capt. Parreño llamó por motorola para que le manden voluntarios a fin de trasladar a los Subtenientes a la Villa Cariño, pero yo le dije que los dejara en el Policlínico porque estaban totalmente chumados..., le volví a decir al Capitán Parreño –recalca la Auxiliar de Enfermería–, Capitán déjelos en el Policlínico porque están chumados y él me dijo que tenía que llevarles a la Villa Cariño porque ya estaban alojados ahí..., y en ese instante llegó el Capt. Varela con unos Conscriptos y empezaron a llevarlos a los Subtenientes en hombros...” (fs. 192 a 193). En testimonios concordantes el CBOS. PEDRO JOSÉ FARIAS LAM (fs. 201 a 202 y 742 a 742 vta.), el CBOS. CARLOS ENRIQUE JAÉN GONZÁLEZ (fs. 203 a 204 y 742 vta. a 743 vta.) y los Conscriptos SEGUNDO WILDER MARTÍNEZ MEDINA (fs. 248), HÉCTOR YOFRE CEDILLO VÉLIZ (fs. 249), EDGAR CRISTÓBAL MUÑOZ ÁLAVA (fs. 250), JACINTO FELIPE CARPIO BURGOS (fs. 251), ÉVER AGUSTÍN INTRIAGO LOOR (fs. 252), VÍCTOR DANIEL SOTO GARCÍA (fs. 253 y 744 a 744 vta.), ÁNGEL AURELIO ALCÍVAR ZAMBRANO (fs. 254) y JUAN CARLOS ZAMBRANO (fs. 255), expresan su preocupación por el estado de embriaguez de los señores Subtenientes nuevos y por las condiciones deplorables de la “Villa Cariño”, en la cual

“hacía un calor sofocante y era peligroso porque se podían morir...” en vista de lo cual procedieron a desvestirlos. **SEXTO. (sic)** En el presente caso, la muerte de quien fuera el señor SUBT. DE TRP. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS, está comprobada, en legal forma, con las diligencias de autopsias practicadas antes de la inhumación y después de la exhumación del cadáver del mencionado Oficial de la Fuerzas Armadas. También se ha comprobado, conforme a derecho, que el señor SUBT. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS fue al Casino de Oficiales, sin presentar problema alguno de salud, participó en el almuerzo ofrecido por la Unidad, con los demás Oficiales, en donde ha ingerido alcohol en exceso; que fue llevado desde el Casino de Oficiales, en estado de embriaguez aguda, hasta el Policlínico del Batallón de Infantería nro. 21 “MACARÁ” y desde este lugar, en la misma situación de ebriedad, hasta la denominada “Villa Cariño”, y que murió en el interior de esta pieza, en donde fueron encerrados, el SUBT. DE TRP. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS y los tres Oficiales compañeros, en completo estado de ebriedad, dormidos por efectos del alcohol, y abandonados en las piezas inhóspitas, en condiciones de inseguridad, expuestos a inminente riesgo por las características desfavorables del lugar y el estado de inconsciencia en que se encontraban; circunstancias en las que se produjo la muerte. El señor MAYOR DE INF. JORGE ANTONIO SEGOVIA NEIRA, en su calidad de Comandante de la Unidad, planificó, dirigió y ejecutó **(sic)** Terrestre, particularmente la disposición general nro. 6 que textualmente dice: “quedan definitivamente eliminados los BAUTIZOS DENIGRANTES, concretándose única y exclusivamente a una reunión social, con la participación de las autoridades del lugar se realizará la presentación de los nuevos Subtenientes y Soldados”; además, con pleno conocimiento del estado de embriaguez profundo en que se encontraba el señor SUBT. DE TRP. JULIO RUBÉN ROBLES ERAS y los otros Subtenientes, ordenó que fueran encerrados en la “VILLA CARIÑO”, sin disponer que se tomen las precauciones y cuidados necesarios. Por su parte, el señor CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY, colaboró directamente con el señor MAYOR JORGE SEGOVIA en la planificación del “bautizo” a los señores Subtenientes nuevos, trasladó las órdenes del Comandante de la Unidad al señor CAPT. VARELA GUERRÓN y, sin contemplar la sugerencia de la Auxiliar de Enfermería en el sentido de “que los dejara en el Policlínico porque estaban totalmente chumados”, dispone que se cumpla la orden, sin precaución alguna. En cambio, el señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, no participó en la planificación del “bautizo” limitándose a cumplir las órdenes de los señores MAYOR JORGE SEGOVIA y CAPT. PARREÑO PINCAY pero, recomendó al primero de ellos, la posibilidad de llevarlos a descansar en el Casino de Oficiales, sugerencia que no fue aceptada por el Comandante de la Unidad (fs. 1.043 vta.). En estas circunstancias, la sana crítica permite establecer que existen diferencias en las conductas de los procesados y, por tanto, en las responsabilidades de los tres

sentenciados. Por todo lo expuesto, la Corte de Justicia Militar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, confirma la sentencia condenatoria, dictada por el señor Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar, en aplicación del art. 179 del Código Penal Militar, para el señor Mayor JORGE SEGOVIA; y en lo concerniente a los Capitanes LUIS PARREÑO y ROMMEL VARELA, de la reforma en el sentido de que, los señores Oficiales procesados, cuyas generales de ley, constan en autos, cumplirán las siguientes penas: el señor CAPT. DE INF. LUIS ALFREDO PARREÑO PINCAY, DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL; y, el señor CAPT. DE INF. ROMMEL VARELA GUERRÓN, SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL. Las penas en mención las cumplirán en el interior del Centro de Detención Militar nro. 3 debiendo imputarse el tiempo que los procesados hubieren permanecido detenidos por esta misma causa, por así disponerlo el art. 69 del Código Penal Militar. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Tntg. Fernando Martínez de la Vega, Presidente; Grad. Richelieu Levoyer, Valm. Gabriel Garrido, CPNV. CSM DR. Carlos Romero y Dr. Enrique León. Ministros Jueces.**

RECURSO DE REVISIÓN

Jueza Ponente: Dra. Mariana Yumbay Yallico.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 16 de abril del 2013. Las 10h30.

VISTOS: Rommel Varela Guerrón, conforme el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, presentó recurso de revisión de la sentencia condenatoria pronunciada por la Corte de Justicia Militar, el 09 de diciembre del 2003, las 10h25, que confirma la sentencia expedida por el Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar en relación al Mayor Jorge Segovia, pero en lo concerniente al Capitán Rommel Varela, reforma imponiéndole la pena de seis meses de prisión correccional, en aplicación del art. 179 del Código Penal Militar, vigente a la época, impugnación que el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, concede por considerar que se hallan cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 362 del Código Adjetivo Penal. Siendo el estado procesal de la causa y habiéndose cumplido con lo establecido en el art. 366 en relación con el art. 345 del cuerpo legal antes invocado, para resolver se considera lo siguiente: **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de revisión en materia militar según los artículos 188.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador. **2. VALIDEZ PROCESAL.** Sustanciado el recurso de revisión, no se encuentra vicio alguno, que pudiera generar nulidad, ya que fue interpuesto correctamente, admitido a trámite y sustanciado

conforme la norma procesal del artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial nro. 555 de 24 de marzo de 2009 y según lo dispuesto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual se declara la validez de lo actuado. **3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.** En el día y hora señalados, se realiza la audiencia pública, oral y contradictoria, en la que el recurrente comparece representado por su abogado defensor según lo dispuesto en el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, realiza sus alegaciones orales, las cuales se sintetizan en lo siguiente: **3.1.** Nunca se comprobó la existencia material de la infracción en base a las piezas procesales que obran del expediente, la primera autopsia al fallecido subteniente Robles se hizo con dos médicos que no son legistas, simplemente médicos del lugar hacen el reconocimiento del cadáver y dicen: en la cabeza se observa hundimiento,... (fs. 312 vta.) informe médico que causó alarma social hizo eco los medios de comunicación, la Fiscalía inicia la indagación y la Tercera Zona Militar, el Juez de Derecho dictó auto cabeza de proceso con órdenes de detención de los tres oficiales que se encontraban al mando del batallón el mayor Jorge Antonio Segovia Neira, quien había planificado el bautizo o la bienvenida, el Capitán Alfredo Parreño Pincay y el Capitán Rommel Varela Guerrón, quien el día 22 que fallece el subteniente Robles se presenta a la Unidad para laborar, no sabía de qué se trataba las cosas, él se presentó para ser el encargado de recursos humanos, se solicitan nuevos peritajes, de las versiones que rinden los testigos se concluye que los hechos relatados son ciertos, que hubo el festejo, el alcohol, que se les llevó a dormir, existieron faltas administrativas si, estaban suspendidas ceremonias bautizos pero se lo hizo, se pide nuevo peritaje, la exhumación del cadáver con peritos calificados de la policía judicial Enrique Santillán y Sandra Andrade, encuentran que no existe lesión alguna que haya provocado la muerte, quedando sin piso el traumatismo raquimedular indicado al principio, se practicó un examen anatomoispatológico en la primera vértebra cervical, porque la primera vértebra cervical del cuello tenía un poco de movilidad, los otros peritos Dr. William Álvarez, Traumatólogo, Rafael Herrera, Neurólogo y Nelson Viteri, radiólogo, dicen que no existió traumatismo grave que pudo haber causado la muerte, que no se puede determinar debido al avanzado estado de putrefacción, el primer informe no dicen la causa de la muerte, se pide aclaración, que determinen cual fue la causa de la muerte, concluyen, no hay signos de fractura de vértebra cervical y el defecto del cierre del arco posterior indicado por la actividad osteoblástica y condroblastos refleja que estaba ocupada por un cartílago en proceso de osificación, en proceso de convertirse en hueso y que en razón de lo anterior no podemos determinar la causa de la muerte del cadáver de Robles Eras Julio Rubén, por cuanto el cuerpo ha sido manipulado en la primera autopsia como por el avanzado estado de putrefacción, los otros peritos amplían su informe y ratifican que no existe causa probable de muerte, se tomaron las muestras de los tejidos se mandó al Izquieta Pérez, el examen

de sangre dice que estaba con 0.37 gramos de alcohol por 100 milímetros de sangre, es decir 3.7 gramos por litro de sangre, que cuando pasa de 0.3 gramos en adelante hacen que el individuo este en estupor y variara de superficial a profundo, cuando llega a los 4 grados lleva a la coma, hipotermia... son frecuentemente fatales, no se encontraba dentro de estos parámetros el Suboficial Robles, no podemos concluir que haya sido por esto la causa, se nombra peritos para hacer una interpretación científica de estos dos peritajes, no se encuentra en la exhumación signos de violencia capaces de producir la muerte, se ha presentado especial atención al estado de la columna cervical sin encontrar ningún tipo de lesión traumática en ese segmento corporal, no existió causa de la muerte aparente ni traumatismo raquimedular ni intoxicación, se filmó este programa de bautizo a los suboficiales, de las cintas grabadas se determina que mientras comían y realizaban el brindis no se emite ninguna orden expresa para que los oficiales ingieran bebidas, fue un acto voluntario de ellos, sin considerar atenuantes se les condenó al máximo de la pena contemplada en el art. 179 del Código Penal Militar, no se hace relación a que se haya demostrado conforme a derecho la existencia de la infracción, se dice que la infracción se halla justificada conforme a los peritajes que obran del expediente, no dice cuál fue la causa de la muerte, el primer requisito para establecer un nexo causal, es que se halle comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción y además que haya hechos que no vengan de presunciones sino de hechos reales y claros, no se tomó las previsiones para realizar una buena autopsia con médicos legistas preparados, fueron médicos legistas nuevos a trabajar sobre un cuerpo manipulado y eso fue la falla, por lo que solicito que en sentencia se acepte nuestro recurso de revisión y se declare la inocencia del señor Rommel Varela Guerrón.

3.2. Contestación de la Fiscalía a la fundamentación. En representación de la Fiscalía General del Estado Dr. José García Falconi, dice: El Juzgado de Derecho de la Tercera Zona Militar, dicta sentencia señalando que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el art. 179 del Código Penal Militar, de esa época y la responsabilidad en este ilícito de los señores Mayor Jorge Antonio Segovia Neira, Capitanes Luis Alfredo Parreño Pincay y Rommel Varela Guerrón, apelan y la Corte Militar confirma en lo principal la sentencia y reforma en relación a la pena, imponiendo al recurrente 6 meses de prisión, de esta sentencia interpone recurso de revisión el Capitán Rommel Varela Guerrón fundado en la causal 6 del art. 360 del CPP, el que podrá proponerse después de ejecutoriada la sentencia, el art. 76 de la Constitución señala las reglas del debido proceso entre ellas el 76.2, dice que toda persona será inocente y será tratada como tal, mientras no haya sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir si una persona tiene una sentencia condenatoria ejecutoriada ya no es inocente, ya no goza del estatus de inocente y en este caso el señor Capitán Rommel Varela Guerrón tiene una sentencia ejecutoriada, de tal modo que perdió su estatus de inocente, le toca al recurrente justificar que

ha cometido la Corte Militar un error judicial, que se ha condenado siendo inocente, no es un recurso de tercera instancia, este recurso tiene su fundamento en el principio dispositivo señalado art. 168.6 de la Constitución, no se analiza la responsabilidad del recurrente, estamos analizando la existencia o no del delito, el art. 184.1 de la Constitución señala las facultades de los Jueces de la Corte Nacional, la sentencia dictada por la Corte de Justicia Militar goza de la presunción de buena fe, de legalidad, de veracidad, de cosa juzgada, en el presente caso en la sentencia se manifiesta de manera categórica que existe la muerte del Subteniente Julio Rubén Robles Eras y que su muerte de acuerdo a la autopsia médica legal de manera uniforme se indica que se encontraron excoriaciones en codos, ambas extremidades superiores a nivel frontal, un hundimiento de aproximadamente de 3 a 4 centímetros a nivel de región escrotal, edema y excoriación de escroto izquierdo, excoriaciones con pérdida de sustancia en ambas rodillas y a nivel de región plantar y dedo gordo, llamándose atención la flexibilidad de cuello y la cabeza, tanto anterior como posterior lateral de ambos lados que contrasta con la rigidez de todo el cuerpo lo que ocasionó una hemorragia, un traumatismo raquimedular, además señala que hay algunos signos que demuestran golpes de puño y de punta pies, que son los clásicos en los llamados bautizos o ceremonias de bienvenida en las Fuerzas Armadas anteriormente, en tal virtud y considerando lo previsto en el art. 66.1 de la Constitución de la República y estimando que está justificada la existencia de homicidio inintencional, solicito que se deseche dicho recurso de revisión, pues en este caso consideramos que no se ha cometido ningún error sobre la causal 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal.

3.3. Réplica del defensor. El recurso de revisión trata de enmendar los errores de hecho del proceso y de la sentencia, se ha comprobado conforme a derecho que no existe la infracción, se ha referido al traumatismo raquimedular y a una serie de escoriaciones que presentaba el cuerpo, pero de los mismos exámenes médicos se determinó que no existió ningún golpe o lesión, de las filmaciones que se realizaron en la Unidad no existió nunca un maltrato físico a los suboficiales, todo fue una camaradería, faltas disciplinarias sí que incurrieron los oficiales que estaban al mando del batallón pero de ninguna manera se pudo establecer que ellos fueron los causantes de la muerte, ya que no se ha determinado con claridad la existencia material de la infracción, solicito señores jueces se escuche al señor mayor Varela Guerrón sobre los hechos relatados.

3.4. Intervención del recurrente. Me han sentenciado a seis meses de prisión ilegal e inconstitucionalmente por la ex Corte Militar por un delito que jamás cometí, quince días anteriores estaba cumpliendo una comisión de servicios en la ciudad de Carimanga, terminé esa comisión y me presenté en el Batallón el día 22 de agosto del 2001, a las 7 de la mañana en el Comando de la Unidad, por tal motivo jamás estuve en una organización, planificación o ejecución de esta famosa bienvenida, ni siquiera les conocía a los oficiales, lo único que hice fue cumplir una disposición, cumpliendo esa disposición llegué

al lugar y me encontré con esta novedad de que un oficial se encontraba frío, tieso inmediatamente procedí a dar parte al Comando de la Unidad de esta novedad, nada de las pruebas que daba mi inocencia fueron aceptadas simplemente que- rían como consigna que sea sentenciado como un chivo ex- piatorio para que la Corte Militar, una justicia impuesta de forma ilegal de que justicia, pese a ello cumplí 6 meses de prisión, 6 meses, no existe pruebas en mi contra soy inocente. **4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECURSO DE REVISIÓN EN RELACIÓN CON LAS VULNERACIONES INVOCADAS POR EL RECU- RRENTE. 4.1.** La Constitución de la República, en su artículo 1 define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo deber primordial es garantizar el goce de los derechos establecidos en la misma, 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 respetando la supre- macía constitucional, consagrada en su artículo 425, que la coloca en la cúspide de la escala normativa a tener en cuenta por quien juzga, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, para lo cual es pertinente establecer el marco jurí- dico, jurisprudencial y doctrinario pertinente para analizar el fondo de la sentencia sometida a revisión. Así mismo el artículo 6, consagra: “*Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Cons- titución*”. **4.2.** El sistema procesal es un medio para la realiza- ción de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeri- dad, economía procesal, así como, la aplicación de las garan- tías del debido proceso.¹ **4.3.** El recurso de revisión, busca la invalidación de una sentencia ejecutoriada, que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada y posibilita la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la que consta en el proceso. El artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, enumera de forma taxativa las causales para interponer el recurso de revisión, toda vez que lo que se pretende es corregir errores judiciales de sentencias que se hayan tornado injustas y señala: “*Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Jus- ticia, en los siguientes casos: 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta; 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre el mismo delito contra diver- sas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada; 3. Si la sentencia se ha dictado en vir- tud de documentos o testigos falsos o de informes periciales mali- ciosos o errados; 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; 5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y, 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existen- cia del delito a que se refiere la sentencia. Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas prue-*

bas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugna- da”. **4.4.** En virtud de la naturaleza de la acción de revisión, su objeto es dar al Tribunal razones tan poderosas que se tenga que romper con la seguridad jurídica garantizada en el artículo 82 de la norma suprema y desarrollada en el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, en procura de reivindicar la justicia material en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.6 dispone: “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal senten- cia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*” y en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que: “*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tri- bunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*” En tal virtud, la revisión solo se justifica porque la verdad procesal declarada es discordante con la verdad histórica de los hechos investigados del acontecimiento objeto del juzga- miento; por lo tanto constituye un juicio al juicio. **4.5.** La decisión judicial ejecutoriada, se presume justa y verdadera; y únicamente en ciertas circunstancias fuera del dominio del juzgador pueden generar errores al establecer una resolución, por lo cual el legislador ha normado la revisión que reivin- dica el derecho de las personas a reclamar la debida aplicación de la norma jurídica en base a hechos o circunstancias que no fueron considerados al momento de dictar sentencia, o se apreciaron erróneamente, permitiendo eliminar de esta ma- nera una sentencia injusta. **4.6.** Doctrinariamente, se ha se- ñalado que la “revisión” en estricto sentido no es un recurso, ya que no reúne los requisitos de un medio de impugnación mediante el cual las partes dentro de un proceso demandan la revocatoria de ciertos actos procesales, por vulneraciones constitucionales o legales y que originan el pronunciamiento de una instancia o ente superior sobre ellas. La revisión en estas circunstancias es una acción que plantea la reconsidera- ción de los aspectos fácticos de la sentencia ejecutoriada y tiene como fin verificar la discrepancia entre la verdad formal del proceso y la real, sobre la base de que existe una vulnera- ción al derecho a la justicia real y material, que produce de manera constitucional una alteración en el derecho a la segu- ridad jurídica que en relación con los órganos judiciales, se entiende por tanto como la posibilidad de establecer la respuesta de estos en la decisión sobre las infracciones al or- denamiento jurídico. **4.7.** En virtud del principio de

¹ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

legalidad procesal corresponde al revisionista probar sus asertos y en particular la causal invocada en la presente revisión, porque respecto de estas rigen con mayor fuerza el principio dispositivo previsto en el artículo 168.6 de la Constitución y el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que su impulso está dado por iniciativa de parte legitimada, en concordancia con los principios de taxatividad, limitación, trascendencia y autonomía. **4.8.** En la causal sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, se señala que procede la revisión “*Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia*”, (Lo resaltado es nuestro), y; si bien no se exige la presentación de prueba nueva ya sea esta documental, testimonial o material, sí se requiere que realice una explicación razonada de cómo se configura la causal seleccionada y que, con las pruebas que constan en el proceso no se comprobó conforme a derecho la existencia material del delito y que, por lo mismo, le era imposible al Tribunal entrar a analizar la responsabilidad del acusado, aspectos de que de ninguna forma se han desvirtuado en la audiencia oral, pública y contradictoria, en la cual se ha limitado a señalar que no existe prueba alguna que lo vincule con la infracción, que él es completamente inocente del delito imputado, que simplemente la ex Corte Militar le ha sancionado presionada por los medios de comunicación como por el entorno social donde sucedieron los hechos. Señaló incluso que los peritajes médicos que se practicaron no pudieron establecer una causa cierta del deceso del Subteniente Julio Robles Eras, que el consumo de licor de los subtenientes no fue producto de una imposición, más bien fue un acto voluntario de ellos. Al respecto, cabe señalar que en los considerandos cuarto a octavo de la sentencia condenatoria pronunciada por el Juez de Derecho de la Tercera Zona Militar el 31 de julio del 2003 a las 14h30 como el fallo confirmatorio dictado por la ex Corte Militar, se precisan de manera pormenorizada los hechos que sustentan la comprobación conforme a derecho de los elementos constitutivos del delito tipificado y sancionado en el art. 179 del Código Penal Militar, vigente en esa época, siendo innecesario volver a describir los hechos que sirvieron de fundamento para la condena del recurrente. En consecuencia los argumentos esgrimidos por el recurrente no son procedentes para justificar la causal 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, como condicionantes para viabilizar jurídicamente la revisión solicitada. **5. DECISIÓN.** Con estos antecedentes y teniendo en cuenta que el recurso de revisión previsto en el Código de Procedimiento Penal, es un mecanismo por medio del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, con el objetivo de reivindicar la justicia material; como se expresó en líneas anteriores, en el caso específico se ha dictado una sentencia condenatoria (conforme lo establece el art. 24.13 de la Constitución Política, vigente en aquella época) luego de establecerse con certeza la materialidad de la infracción como la responsabilidad del hecho, que la conducta del recurrente se encasilla en el tipo penal previsto en

el art. 179 del Código Penal Militar, por ende no existen errores de hecho que permitan demostrar lo contrario de lo que se ha probado, analizado y motivado por los jueces de instancia. Finalmente, para la resolución de la presente causa se ha tomado en consideración que el ejercicio de este derecho se enmarca en las garantías previstas en la Constitución de la República del Ecuador, en sus arts. 75, 76.1.7., literales a), b), c), g) y m), en tal virtud, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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 a lo dispuesto en la parte final del art. 367 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el señor Rommel Varela Guerrón. Devuélvase el proceso al juzgador de origen para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) **Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juezas y Juez Nacionales.**

ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 25 de junio del 2013. Las 14h30.

VISTOS: Mediante escrito presentado el 22 de abril del 2013, el señor Rommel Varela Guerrón, solicita aclaración y ampliación de la sentencia dictada por este Tribunal el 16 de abril del 2013, que declara improcedente el recurso de revisión deducido. Corrido traslado a las partes procesales el referido escrito, para resolver, se considera: **PRIMERO.** La invariabilidad de los fallos, es requisito fundamental de la seguridad jurídica preceptuada en el artículo 82 de la Constitución de la República, además integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 75 ibídem. **SEGUNDO:** De tal manera el que la solicitud de aclaración y ampliación que obra del cuaderno de revisión, basado en la Infra norma legal del artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, no puede utilizarse para transgredir las conclusiones previamente establecidas en la sentencia sustentada en normas legales y constitucionales. **TERCERO.** Tampoco puede pretenderse, mediante la petición de aclaración y ampliación cambiar el sentido de la parte dispositiva de la sentencia. Debe entender a este respecto el peticionario, que la aclaración y ampliación no puede ser admitida con un sucedáneo impugnatorio, orientado a propiciar la reforma de la sentencia. La aclaración sirve, única y exclusivamente para determinar la concreción de algún enunciado gramatical o término incorporado en la fundamentación o en la parte resolutive del fallo, del que pueda acarrear perjuicio, por su indeterminación o su descontextualización. En lo que se refiere a la ampliación no es remedio de los vicios congénitos del fallo, sino que, por el contrario, presupone la existencia

de una decisión válida, que ha resuelto todos y cada uno de los puntos del litigio. En tal razón, la aclaración y ampliación a que se refiere el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, tiene lugar solo si la resolución fuere oscura, hay oscuridad en la sentencia cuando existe error material manifiesto en sus expresiones y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto sobre frutos, intereses o costas. **CUARTO:** Por lo expuesto, no hay nada que aclarar ni ampliar, respecto de la sentencia dictada en la presente causa, la decisión es lo suficientemente clara, no existe expresiones oscuras ni ambiguas ni indeterminadas y contempla todos y cada uno de los puntos que fueron materia del recurso, por lo que el pedido de aclaración y ampliación no procede y se lo niega. **Notifíquese.**

f) **Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juezas y Juez Nacionales.**



III

Juicio nro. 521-11

Juicio penal militar por el delito de hurto y falsificación, propuesto por el señor Cbos. Merizalde Yaguachi José Manuel en contra de los señores Sldo. Manobanda Guachi Marco Enrique y Sldo. Quinabanda Chacán Luis Rolando.

SÍNTESIS:

Los soldados Marco Enrique Manobanda Guachi y Luis Rolando Quinabanda Chacán son acusados por los delitos de hurto y falsificación. Según el informe de inteligencia, los señores soldados fueron a la agencia del Banco del Pichincha del cantón Lasso, provincia de Cotopaxi, con el fin de retirar de la cuenta de ahorros del Cbos. José Manuel Merizalde Yaguachi, la cantidad de (USD \$1200,00) mil doscientos dólares americanos. La materialidad de la infracción así como la responsabilidad de los acusados se comprueba de la confesión rendida por el soldado Luis Rolando Quinabanda Chacán y les impone la pena de 2 años de Prisión Correccional y expulsión de las Fuerzas Armadas. En atención a las circunstancias atenuantes, por haber devuelto el dinero, se les modifica a cuatro meses de prisión correccional. Interpuesto el recurso de revisión de la sentencia que confirma la de condena, fundamentados en las causales 4 y 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, los recurrentes en el término de prueba llaman a testificar al documentólogo Dr. Nelson Pinenla quien manifestó que no existe ningún informe pericial grafotécnico de la papeleta de retiro bancario, documento que sirvió de base para inculparlos; la Sala de lo Penal, una vez analizados los fundamentos del recurrente y de la fiscalía, considera que existe duda

respecto a cómo se dieron los hechos, por lo que, revoca la sentencia impugnada y se ratifica el estado de inocencia de los procesados.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DE DERECHO DE LA PRIMERA ZONA MILITAR. Quito, a 18 de abril de 2005. Las 10h00.

VISTOS: El Juez Segundo de lo Penal de esta Zona Militar, en uso de sus atribuciones y deberes jurisdiccionales y en base a la documentación constante a fojas 1 a 15 de autos, con fecha 24 de marzo de 2003, ha dictado Auto Cabeza de Proceso en contra de los señores **SLDO. MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE y SLDO. QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO** e instruye el sumario de Ley, por cuanto a llegado a su conocimiento a través del oficio nro. 084-2003-MFD-XML, de fecha 19 de marzo de 2003, remitido por el señor Dr. Marco A. Loza Cadena, Fiscal del Distrito de Cotopaxi, mediante el cual se inhibe de conocer el presunto delito de hurto y falsificación cometido por los mencionados soldados. Del informe de Inteligencia se tiene que el día jueves 27 de febrero de 2003, los señores Soldados Manobanda y Quinabanda se han acercado a la agencia del Banco del Pichincha del cantón Lasso, provincia de Cotopaxi, con el fin de retirar de la cuenta de ahorros del Cbos. Merizalde Yaguachi José Manuel, la cantidad de (USD \$1200,00) mil doscientos dólares americanos. El retiro del dinero lo han realizado en forma fraudulenta, es decir sin el consentimiento del Cbos. Merizalde y se han dividido el dinero llevándose cada uno la cantidad de seiscientos dólares. El Cbos. Merizalde ha detectado el faltante del dinero en su cuenta el día siguiente del retiro aproximadamente a las 18h00, cuando se ha dirigido al cajero automático que se ha encontrado en el interior de la 9-BFE "PATRIA", al retirar dinero y verificar su saldo ha detectado la novedad. Concluidas las fases del Sumario y del Plenario, encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Los Jueces Militares que han intervenido en el trámite de esta causa, son los competentes para conocer y juzgar la misma, toda vez que el hecho que se pesquisa se imputa a un miembro de las Fuerzas Armadas en Servicio Activo, perpetrado en ejercicio de sus funciones específicas, en consecuencia la investigación corresponde a la Jurisdicción Penal Militar, en razón de la jerarquía de las personas, del territorio y de las instancias. **SEGUNDO:** En el trascurso de la tramitación de la causa no se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad a las que se refiere el art. 166 del Código de Procedimiento Penal Militar, por lo que se declara su validez. **TERCERO:** La existencia material de la infracción y la responsabilidad del sindicado se encuentra debidamente probada conforme a Derecho a través de las siguientes pruebas: **PRUEBA TESTIMONIAL:** a) De la declaración INDAGATORIA y de la CONFESIÓN rendida por el sindicado **EX SLDO. LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN** (fs. 36-36 vta. y 88) respectivamente se

colige que el 27 de febrero de 2003, encontrándose en el dormitorio y hallándose abierto el armario del Cbos. Merizalde José, se le ha ocurrido coger la libreta de ahorros y la cédula del Cabo y le ha invitado a salir al Soldado Manobanda, pidiéndole que le acompañe al Banco del Pichincha en el cantón Lasso, a fin de retirar dinero de la cuenta del Cbos. Merizalde José, indicándole que ha sido petición del Cabo, pero que luego le ha indicado que se iban a repartir el dinero, a lo que el Sldo. Manobanda ha contestado en forma afirmativa, al llegar al banco han llenado la papeleta por la cantidad de mil doscientos dólares, y ha firmado como propietario de la cuenta, haciendo una firma parecida a la del Cbos. Merizalde y le han entregado el dinero sin problemas. Realizada esta gestión han regresado a la Unidad y se han repartido el dinero en partes iguales. El Sldo. Manobanda le ha avisado al Cbos. Merizalde que le han hecho una broma sacándole el dinero de su cuenta, pero que ya le iban a devolver el dinero, a lo que el Cabo les ha indicado que le devuelvan todo el dinero, una vez que ha procedido a depositarle el dinero le ha dado parte al Cabo Merizalde, el mismo que le ha hecho firmar un recibo que consta en autos. **b)** De la declaración INDAGATORIA y de la CONFESIÓN rendida por el sindicado **SLDO. DE I. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI** (fs. 37 y 89) quien ha manifestado que el día 27 de febrero de 2003, aproximadamente a las 10h30 el Sldo. Quinabanda le ha pedido que le acompañe al Banco del Pichincha en Lasso, a retirar dinero de la libreta de ahorros del Cbos. Merizalde José, han llenado la papeleta por un monto de mil doscientos dólares y una vez cobrado este dinero han regresado a la Unidad y se han repartido en partes iguales el dinero y guardándolo en el armario. A los siete días le ha comunicado al Cbos. Merizalde que le habían sacado el dinero del Banco y este les ha indicado que le depositen el dinero en la cuenta, procediendo a realizar el depósito en días posteriores. **c)** A fojas 63 consta la instructiva del agraviado **CBOS. MERIZALDE YAGUACHI JOSÉ MANUEL**, el mismo que con juramento ha manifestado que el día viernes 28 de febrero de 2003, se ha dirigido al cajero automático de la Brigada de Fuerzas Especiales a retirar dinero acompañado por el Sldo. Quinabanda Luis y al terminar la transacción se ha encontrado con la novedad de que le habían sacado mil doscientos dólares, ante lo cual se ha dirigido a su armario a revisar la libreta de ahorros, encontrándose que el día anterior le habían sacado ese dinero, además ha indicado que el armario se ha encontrado sin signos de haberle forzado y de estar tal cual lo ha dejado y que la llave del armario lo ha sabido dejar bajo la almohada y que junto a su cama dormía el Sldo. Quinabanda y pasando tres camas el Sldo. Manobanda. Ante esta novedad ha procedido a dar parte a los señores Suboficial Fuentes Gonzalo y Capt. Rafael Yáñez. El día 5 de marzo ha venido a la ciudad de Quito y se acercado a la agencia del Banco en la Comandancia, para averiguar sobre el retiro de dinero, y le han indicado que lo han hecho en Lasso, se ha dirigido a la agencia del Banco en Lasso a solicitar la documentación y le han manifestado que se encuentra en la

matriz en Latacunga, una vez en ésta, conjuntamente con el Gerente de la agencia del Banco en Lasso y el Gerente de Latacunga, han verificado en la copia de retiro, que la firma que constaba no era la que utiliza en todos sus actos públicos y privados. Posteriormente se ha acercado el Sldo. Manobanda Guachi Marco a indicarle que conjuntamente con el Sldo. Quinabanda Luis se habían sacado el dinero de su cuenta el día 27 de febrero de 2003. **d)** A fojas 67 consta el testimonio del señor **CAPT. DE I. RAFAEL FRANCISCO YÁÑEZ BRAVO**, el mismo que con juramento ha manifestado que el día viernes 28 de febrero de 2003, encontrándose como Jefe de Cuartel del Fuente Militar Patria, se ha presentado el Cbos. Merizalde Yaguachi José, a dar parte de que le han sustraído mil doscientos dólares de su cuenta de ahorros del Banco General Rumiñahui, a lo que le ha indicado que proceda a realizar las averiguaciones pertinentes. **PRUEBA DOCUMENTAL.** La existencia material del delito objeto del presente enjuiciamiento, se encuentra debidamente probado con los siguientes actos procesales: **a)** A fojas 28 y 29 constan los originales de los recibos (dos) de fechas 8 de abril y 21 de marzo de 2003, respectivamente con los cuales se demuestra que los señores Soldados Quinabanda Luis y Manobanda Enrique realizaron la devolución del dinero (mil doscientos dólares americanos), al Cbos. Merizalde José, a razón de seiscientos dólares cada uno. **b)** Con el oficio S/N de fecha 12 de mayo de 2003, la señorita Gerente del Banco del Pichincha agencia Lasso, envía una copia certificada de la papeleta de retiro de la cuenta de ahorros perteneciente al señor José Merizalde (fs.62), en la que se puede observar a simple vista que la rúbrica que consta en "FIRMA DEL PROPIETARIO", difiere de la firma y rúbrica del Cabo Merizalde que tiene estampada en este proceso. **c)** Con el oficio S/N de fecha 01 de septiembre de 2003, la señorita Jefe Operativo del Banco General Rumiñahui, remite los movimientos diarios de la cuenta de ahorros nro. 586508202, perteneciente al señor José Merizalde (fs. 69) en el que se observa que efectivamente si se ha realizado un retiro por el valor de mil doscientos dólares americanos el día 27 de febrero de 2003. **PRUEBA MATERIAL.** La existencia material del delito objeto del presente enjuiciamiento, se encuentra debidamente probado con el siguiente acto procesal. A fojas 64 consta el reconocimiento de firma y rúbrica de los documentos constantes a fojas 28 y 29 del proceso con lo cual se demuestra que efectivamente dichas firmas y rúbricas corresponden al señor **CBOS. MERIZALDE JOSÉ** y que son las que usan en todos los actos públicos y privados las mismas que difieren de la constante a fojas 64. **CUARTO:** La participación directa y personal de los procesados en el ilícito, queda evidenciado en los considerandos anteriores puesto que, en la etapa del Sumario y del Plenario, los Sindicados no han logrado desvirtuar las graves y concordantes causas de responsabilidad penal en la comisión de la infracción que motivó este juicio, más bien se ha comprobado plenamente la responsabilidad de los procesados en la autoría y comisión del delito; por lo que el hecho antijurídico se encuentra tipificado y sancionado

en los arts. 184 y 185 numeral 3 y 4 del Código Penal Militar, **TÍTULO V. DE LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD**: el mismo que no ha sido controvertido y por el contrario está plenamente comprobado a través de las pruebas practicadas, así como por expresa aceptación que los sindicados EX SLDOS. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI y LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN, han hecho en sus indagatorias y posteriores ratificaciones en sus confesiones, los referidos artículos tipifica y sanciona el delito como **robo**, ya que se han sustraído fraudulentamente una cosa ajena (*Cédula de Identidad, Libreta de Ahorros y el dinero sacado del Banco del Pichincha agencia Lasso*), con el ánimo de apropiarse, lo que ha sucedido en el presente caso con los procesados, al haber tomado en forma arbitraria la cédula de identidad y la libreta de ahorros del Banco Rumiñahui nro. 586508202 de propiedad del Cbos. Merizalde José, documentos que se han encontrado en el armario del Cabo, para posteriormente dirigirse al Banco de Pichincha sucursal Lasso, en forma premeditada y fríamente calculado para ocasionar el daño, ya que en la Unidad existe un cajero del Banco al que podían haber acudido a sacar el dinero, pero no ha sido así, ya que han sacado el dinero de la cuenta de ahorros en forma fraudulenta y presentando los documentos del Cbos. Merizalde, como si éste supuestamente hubiese mandado a retirar el dinero en la sucursal del Banco del Pichincha agencia Lasso, en tal virtud utilizando actos fraudulentos se apropiaron de (USD \$1200.00) mil doscientos dólares americanos de la cuenta del Cabo Merizalde, siendo compañero, estando en la misma Unidad y compartiendo el mismo dormitorio, causándole de esta manera un perjuicio al dueño de la cuenta, por la sustracción de este dinero, claro que no causaron un daño mayor, porque el dueño de la cuenta esto es Cbos. Merizalde en compañía de uno de los indiciados se acercaron al cajero de la Unidad a retirar dinero y se ha percatado del robo dando parte inmediatamente a las autoridades competentes, por esta circunstancia es que los sindicados se han acercado y han devuelto el dinero sustraído en forma arbitraria de la cuenta del Cabo José Merizalde. Por todo lo expuesto y aceptando el dictamen emitido por el señor Fiscal General Militar, en tal virtud y encontrándose justificada conforme a derecho la existencia de la infracción penal militar, así como la autoría y responsabilidad en la comisión del ilícito y teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica indicadas en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal Común, y **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se declara a los **EX SLDO. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI** de nacionalidad ecuatoriana, de 26 años de edad, de estado civil casado, católico, domiciliado en el cantón Pillaro San Miguelito, Provincia de Tungurahua, y **EX SLDO. LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN**, de nacionalidad ecuatoriana, de 23 años de edad, de estado civil unión libre, católico domiciliado en el barrio Vinchoa vía a Riobamba, provincia de Guayana. **Como autores responsables del delito tipificado y**

sancionado en el art. 184 y 185 numerales 3 y 4 del Código Penal Militar, por lo que se impone la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL Y EXPULSIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS**, sentencia que la cumplirá en el Centro de Detención Militar, ubicado en la ciudad de Quito, en el interior del Fuerte Militar "Epiclachimá", para cuyo efecto se girará la correspondiente boleta Constitucional de Encarcelamiento. En atención a las circunstancias atenuantes que constan de autos, como prueba manifiesta de no haber querido ocasionar de delito cometido, al haber devuelto el dinero sustraído en forma fraudulenta al propietario esto el Cbos. Merizalde José, así como los certificados de honorabilidad y buena conducta conferidos a favor de los sindicados, de conformidad a lo dispuesto en el art. 26 numerales 3 y 6, en concordancia con el art. 61 del Código Penal Militar, que permite sustituir la pena impuesta, se **les modifica a CUATRO MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL**, debiendo imputárseles todo el tiempo que hayan permanecido detenidos los sentenciados por esta misma causa, de conformidad a lo dispuesto en el art. 69 último inciso del Código Penal Militar. Ejecutoriada que fuere esta Sentencia en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 82 del Código Penal Militar, remítase copia certificada de este fallo a la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, para su publicación en la Orden General. **Cumplase y Notifíquese.**

f) Hugo Guerrón Borja, Juez de Derecho de la I-ZM.

APELACIÓN

CORTE DE JUSTICIA MILITAR. Quito, 06 de septiembre de 2005. Las 15:30 horas.

VISTOS: El juicio penal militar nro. 06-2003-I-ZM-2J, seguido en contra de los Soldados MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI y LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN, por infracciones contra la propiedad (según carátula), sube a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por los imputados ante la sentencia dictada por el señor Juez de Derecho de la Primera Zona Militar. Una vez que el señor Ministro Fiscal ha emitido su dictamen para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA.** No hay causa de nulidad que declarar, pues, en el trámite de este proceso se han observado todas las solemnidades sustanciales, por lo que se declara válido. **SEGUNDA.** Se inicia esta causa mediante auto cabeza de proceso dictado por el señor Juez Segundo de lo Penal de la Primera Zona Militar, sindicando a los señores SLDOS. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI y LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN, por venir en conocimiento que el jueves 27 de febrero de 2003, "se han acercado a la agencia del Banco del Pichincha, ubicado en el cantón Lasso, provincia de Cotopaxi, con el fin de retirar, de la cuenta de ahorros perteneciente al CBOS. MERIZALDE YAGUACHI JOSÉ MANUEL, la cantidad de USD 1.200 dólares americanos. Que el retiro de dicho dinero, los prenombrados soldados, lo han realizado de manera fraudulenta,

es decir, sin el consentimiento del CBOS. JOSÉ MERIZALDE, que una vez retirado el dinero, los soldados en mención han procedido a dividirse en partes iguales, es decir, 600,00 dólares cada uno”. El señor Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, por cuanto se determina el cometimiento y autoría de los delitos tipificados en los arts. 184 y 185, numerales 3 y 4 del Código Penal Militar, con fecha 30 de marzo de 2004, dicta “auto de llamamiento a juicio plenario, en contra de los soldados LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN y MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI” (fs. 76 a 77); auto que en virtud del recurso de apelación interpuesto por los acusados, es confirmado por la Corte de Justicia Militar (fs. 84 a 85). **TERCERA.** Concluido el sumario, el señor Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, con sentencia de fecha 18 de abril de 2005 “declara a los ex soldados MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI y LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN, autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 184 y 185, numerales 3 y 4, del Código Penal Militar, por lo que se les impone la pena de DOS ÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL Y EXPULSIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS ...Pero en atención a las circunstancias atenuantes... de conformidad con lo dispuesto en el art.26, numerales 3 y 6, en concordancia con el art. 61 del Código Penal Militar ...se les modifica a CUATRO MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL...”. **CUARTA.** El cuerpo del delito se comprueba de las constancias procesales que obra de fojas 61 a 62, en las que consta que efectivamente, de la cuenta de ahorro nro. 0586508202, que mantenía el CBOS. JOSÉ MERIZALDE, fue retirada la cantidad de 1.200 dólares además, de fojas 68 y 69, constan los movimientos diarios que mantenía aquella libreta de ahorros desde el (sic), que en la parte esencial dice: “el día 27 de febrero de 2003, encontrándome en el dormitorio y hallándose abierto el armario del CBOS. MERIZALDE JOSÉ, se me ocurrió coger la libreta de ahorros y la cédula de mi cabo y el invite a salir a mi compañero soldado Manobanda, pidiéndole que me acompañe al Banco del Pichincha del cantón Lasso, a fin de retirar dinero de la cuenta de ahorros de mi Cabo Merizalde, diciéndoles que era una petición de mi Cabo, en principio y luego le dije que el dinero nos íbamos a repartir, a lo que contestó afirmativamente, una vez que llegamos al lugar procedí a llenar la papeleta de retiro por la cantidad de MIL DOSCIENTOS DÓLARES; es decir, yo firmé como propietario de la cuenta de ahorros de mi Cabo, haciéndole una firma más o menos parecida a la de la cédula de mi Cabo Merizalde, luego le di a mi compañero la papeleta, la libreta, la cédula de mi Cabo Merizalde y se encolumnó para retirar la mencionada cantidad, suma de dinero que fue entregada sin problemas, realizada esta gestión nos regresamos al cuartel y nos repartimos el dinero, entregándome a mí la cantidad de seiscientos dólares y él se quedó con el resto. Después nosotros, como ya nos repartimos el dinero, el Sldo. Manobanda le avisó al Cabo Merizalde, con sus propias palabras, que de broma le fuimos a sacar la plata y que ya le íbamos a de-

volver el dinero a lo que nos indicó que le devolvamos todo el dinero, realizando dicha devolución después de unos tres días”. De fojas 37 y 37 vuelta se encuentra la declaración del sindicato SLDO. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI, que en lo principal manifiesta: “el día 27 de febrero del 2003, siendo aproximadamente las 10h30 minutos mi compañero Quinabanda, me pidió que le acompañara al Banco del Pichincha en Lasso a fin de retirar dinero de la libreta de ahorros de mi Cabo Merizalde; él procede a llenar la papeleta y me entrega para que retire el dinero en el monto de mil doscientos dólares, regresamos al cuartel y nos repartimos en mitad; esto es, seiscientos dólares para mí y seiscientos dólares para el Sldo. Quinabanda, dinero que lo tenía guardado en el armario. A los seis días yo le avisé a mi Cabo Merizalde que nosotros habíamos sacado el dinero del Banco; y, la razón por no haberlo devuelto antes fue porque salimos con vacaciones de carnaval; debo hacer hincapié que el día domingo 02 de marzo del 2003, a eso de las diez de la mañana, mediante una llamada telefónica desde Píllaro, le avisé a mi Cabo Merizalde que mi persona y el Sldo. Quinabanda, teníamos el dinero y le íbamos a devolver, contestándome mi Cabo Merizalde que le depositara el dinero que habíamos retirado de la libreta de ahorros; petición que fue realizada en días posteriores”. A fojas 63, la instructiva del agraviado señor CBOS. JOSÉ MANUEL MERIZALDE YAGUACHI, el mismo que con juramento, en la parte fundamental de su declaración indica: “...el día viernes 28 de febrero del 2003, siendo aproximadamente las 18h30 me dirigí al cajero automático del Banco General Rumiñahui ubicado en el interior de la 9-BFE ‘PATRIA’ a retirar quince dólares, cantidad de dinero que servía para irme al siguiente día franco, puesto que los días posteriores eran festivos de carnaval; debo manifestar que al retirar el dinero estaba acompañado del Sldo. Quinabanda Luis y al terminar la transacción observé que en el papel comprobante habían retirado de mi cuenta de ahorros la cantidad de mil doscientos dólares: me llamó la atención el retiro de dinero, puesto que yo no lo realice; y, en ese mismo momento exclamé diciendo ¡quién me habrá sacado la plata! Dirigiéndome en ese mismo instante con el mismo Soldado, al dormitorio a revisar mi libreta de ahorros, que se encontraba en el armario; encontré mi libreta con la cédula de ciudadanía en el mismo lugar, pero con la novedad de que la transacción de retiro de dinero efectivamente se había realizado un día antes, esto es, el día jueves 27 de febrero del 2003. Debo recalcar que el armario se encontraba sin ningún tipo de forzamiento...” “Así mismo debo manifestar que la llave de mi cancel siempre la colocaba debajo de la almohada de la cama donde duermo... agregando que en el lado izquierdo dormía el Sldo. Quinabanda y tres camas posteriores dormía el Sldo. Manobanda. De la novedad comentada di parte en el parte de retreta a mi Suboficial Fuentes Gonzalo y Capt. Rafael Yánez. Como los días siguientes al hecho relatado eran festivos de carnaval, el día miércoles 05 de marzo del 2003, vine acá a la ciudad de Quito a la Agencia de la Comandancia (a) averiguar sobre el

retiro de dinero... A partir de ese día Inteligencia Militar realizó las investigaciones tendientes a esclarecer la persona o personas que habían retirado el dinero de mi libreta de ahorros. En la segunda semana de marzo del 2003, se acercó el Sldo. Manobanda Guachi Marco Enrique, para decirme que él conjuntamente con el Sldo. Quinabanda, se había sacado el dinero de mi cuenta de la libreta de ahorros nro. 58650820-2, perteneciente al Banco Rumiñahui, en la cantidad de mil doscientos dólares americanos, el día jueves 27 de febrero del año en curso...” **QUINTA.** La forma como se ha cometido la infracción, esto es, haciéndose entregar el dinero por el Banco del Pichincha, con el objeto de apropiarse de esos fondos y empleando manejos fraudulentos, como la sustracción de la cédula de identidad, la libreta de ahorros desde el armario del CABO MERIZALDE YAGUACHI, ubicado en el dormitorio de personal del cuartel, en donde volvieron a dejarlos después de consumado el hecho y la falsificación de la papeleta de retiro; efectivamente, ha dado lugar al auto de llamamiento a juicio plenario y se adecua en la descripción típica del delito contra la propiedad, previsto y sancionado en el art. 190, numeral 3, del Código Penal Militar. Las declaraciones de los propios sentenciados, hechas en forma libre y voluntaria, son concordantes entre sí, pues admiten su culpabilidad y conforme a derecho, se comprueba la existencia del delito tipificado y sancionado en el art. 190, numeral 3 del Código Penal Militar. Por lo expuesto, la Corte de Justicia Militar, desechando el recurso de apelación interpuesto por los sentenciados SLDO. LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN y SLDO. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, confirma la sentencia condenatoria dictada por el señor Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, rectificando la adecuación típica de los arts. 184 y 185, numerales 3 y 4, por el art. 190, numeral 3 del Código Penal Militar, aclarando que, por tratarse del mismo delito por el que se ha llamado a juicio plenario a los procesados, no se incumple lo prescrito por el art. 315 del Código de Procedimiento Penal (común) vigente. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Valm Oswaldo Viteri Presidente; Grad L. Homero Berrazueta, Tntg. Héctor Váscquez, Crnl. Csm. Av. Dr. Jorge Abarca y Dr. Enrique León, Ministros Jueces.

RECURSO DE REVISIÓN

Juez Ponente: Dra. Ximena Vintimilla Moscoso.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, a 28 de mayo de 2013. Las 08h30.

VISTOS: MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE y QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO han interpuesto recurso de revisión a la sentencia dictada el 18 de abril del 2005, las 10h00, por el Tribunal de la Corte Militar, que “**confirma la sentencia condenatoria, rectificando la adecuación típica de los arts. 184 y 185 numerales 3 y 4, por el art 190, numeral 3 del Código Penal Militar, acla-**

rando que, por tratarse del mismo delito por el que se ha llamado a juicio plenario a los procesados, no se incumple lo prescrito por el art. 315 del Código de Procedimiento Penal (común) vigente”. El recurso tiene fundamento en las causales **4 y 6 del art. 360** del Código de Procedimiento Penal. Interpuesto el recurso de revisión y radicada la competencia en la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento los miembros del Tribunal integrado por la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dra. Lucy Blacio Pereira y Dr. Vicente Robalino Villafuerte, juezas y juez nacionales, por sorteo correspondiente actúa como Jueza Ponente la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, de conformidad con el art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. Aceptado a trámite el recurso y habiéndose cumplido en fecha **jueves 07 de marzo del 2013, a las 15h30**, con la audiencia oral, pública y contradictoria de conformidad a lo establecido en el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, diligencia a la que comparecieron e hicieron sus fundamentaciones y alegaciones por una parte el Dr. Edisson Eduardo López Tapia en representación de los recurrentes Manobanda Guachi Marco Enrique, Quinabanda Chacán Luis Rolando y por otra, el Dr. José García Falconí en representación de la Fiscalía General del Estado. Al encontrarnos en estado de resolver, de conformidad con el **art. 367 del Código de Procedimiento Penal**, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Este Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el presente recurso de revisión de conformidad con el art. 184 numeral 1 y art. 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República del Ecuador y arts. 183, 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y art. 360 del Código de Procedimiento Penal. No se ha impugnado la competencia a ninguna de las juezas ni al Juez que integran el Tribunal. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.** El presente recurso de revisión ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establece el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara su validez. **TERCERO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos innumerados agregados a continuación del art. 286 y al art. 345 íbidem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria en fecha **07 de marzo del 2013, las 15h30**, en la diligencia, conforme el acta de la audiencia, los concurrentes manifestaron: a).- **POR LOS RECURRENTES MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE Y QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO.** El Dr. Edisson Eduardo López interviene a nombre de los dos recurrentes, manifestó que: “*La causal por la que se interpone el recurso es la cuarta del art. 360 del Código Adjetivo Penal, se lo hace en base a esta causal porque debido a la confianza que existía con el compañero José Merizalde, posteriormente se aclararon las cosas y él ni siquiera puso acusación particular, sin embargo los jueces*

militares inicialmente sentencian a los mencionados señores conforme a los arts. 184 y 185 del Código Penal Militar, en razón de la apelación, la Corte Penal Militar cambia la tipicidad y les condena a cuatro meses de prisión pero por otra causal, conforme al art. 194 del Código Penal Militar, por consiguiente se les distrajo de su juez natural, porque no existió delito o infracción penal militar alguna. En el supuesto caso no consentido de haber cometido la infracción, debió haber sido tramitada por el fuero común sin embargo no se lo hizo y, deliberadamente para justificar la detención de los mencionados señores se les condenó a cuatro meses, por lo que la defensa solicita se revise la sentencia y se declare la inocencia de los defendidos para que se les reintegre a las Fuerzas Armadas con todos los beneficios. Se abre el período de prueba y se llama al Dr. Nelson Pinenla, perito documentólogo acreditado por el Consejo Nacional de la Judicatura y cuyas generales de ley son los siguientes Nelson Patricio Pinenla, cuyas generales de ley son portador de la cédula de ciudadanía nro. quiteño, estado civil casado, profesión perito, domiciliado en Quito; a fin de que conteste el siguiente interrogatorio: P: ¿Desde qué fecha usted es perito acreditado por el Consejo Nacional de la Judicatura? Sí soy perito. P: ¿Desde qué fecha o hace cuántos años ejerce como perito acreditado? Cerca de 18 años como perito. P: A groso modo ¿podría enumeramos su trayectoria como perito? Tengo experiencia en documentología, grafística, alteraciones de documentos, dactiloscopia, psicología jurídica. P: ¿Ha realizado algún estudio a nivel internacional? Sí en España y en la Universidad Bolivariana de Chile. P: ¿En el presente caso, pudo verificar si existió algún examen grafológico o documentológico para demostrar que la papeleta de retiro del Banco del Pichincha fue objeto de análisis por otro perito en la materia? Se me pidió que revise los dos cuerpos, revisada la documentación no existe ningún examen Grafotécnico respecto a la firma del Señor. P: ¿No hubo pericia? No, dentro de la pericia ocular no hay informe pericial grafotécnico. A continuación el representante de la Fiscalía General pregunta al testigo. P: ¿Usted es abogado? No soy Doctor en psicología. P: ¿Es juez o ha sido juez? No. Después de la prueba testimonial presentada, se continúa con la fase probatoria y como prueba documental, la defensa adjunta las copias debidamente certificadas de varios Registros Oficiales de resoluciones emitidas por la Ex Corte Suprema de Justicia, específicamente de la Segunda Sala de lo Penal en la causa 134-2004, y que en la parte pertinente a la dirimencia de competencia dice: “SEGUNDO: Si bien es cierto, el art. 187 de la Constitución Política dispone que los miembros de la fuerza pública “estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales. En caso de infracciones comunes estarán sujetos a la justicia ordinaria”, el art. 1 literal d) y su reforma del Código Penal Militar dispone que son infracciones militares las que se perpetraren en ejercicio de las funciones propias del empleo, grado o destino de un militar, dentro o fuera del servicio o con ocasión de él y que afecten los medios, fines o intereses de las Fuerzas Armadas, que ejercieren funciones jurisdiccionales, dándose el alcance de destino militar a las funciones administrativas y jurisdiccionales desempeñadas por los miembros de las Fuerzas Armadas en

servicio activo: es decir, que para que opere la jurisdicción especial militar, denominada también fuero militar, se requiere que la infracción haya sido cometida por un militar en servicio activo, que la misma se halle tipificada y sancionada en el Código Penal Militar y que se haya perpetrado en ejercicio de funciones propias de empleo, grado o destino militar, lo que no ocurre en la especie, en que los implicados militares en servicio activo, unos y otros en servicio pasivo alterando documentos, transportándolo al domicilio del sargento Albán, quien lo ha guardado en un cuarto al costado del garaje, de donde fuera incautado por la Policía Nacional recibiendo sumas de dinero los implicados, material que debía venderse y llevarse con destino a Colombia según informe pericial, este hecho no puede encasillarse en las funciones específicas militares que son las de la conservación de la soberanía nacional, defensa de la integridad e independencia del Estado y garantía del ordenamiento jurídico, según lo preceptuado en el art. 183 inciso segundo de la Carta Política, y el art. 2 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Se adjuntan dichos registros y para concluir la intervención se enuncia lo que dice el art. 183 inciso segundo de la carta política vigente a la fecha de ilícito, “...las Fuerza Armadas tendrán como misión fundamental la conservación de la soberanía nacional, la defensa de la integridad y la independencia del Estado y la garantía a su ordenamiento jurídico...” se pone a consideración del fiscal las copias certificadas de los registros oficiales y se reproduce como prueba nueva lo establecido en el art. 24 numeral 11 de la Constitución de la fecha “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales que se creen para el efecto” en el presente caso, se demuestra que los recurrentes fueron distraídos del juez común” (fojas 57 a 58 vta. Juicio nro. 521-11, Sala de lo Penal, Corle Nacional de Justicia) **b).- POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.** El Dr. José García Falconí en representación del Fiscal General del Estado expresó: “...en el presente caso, consta que la Corte de Justicia Militar, dicta una sentencia señalando que en los procesos en la primera Zona Militar, son autores del delito conforme al art. 190 del Código Penal Militar, el jueves 27 de febrero, Marco Manobanda y Luis Manobanda (sic), se acercaron al Banco del Pichincha, agencia cantón Lasso y de la cuenta del cabo José Merizalde cambiaron un cheque por el valor de 1200 dólares, retiran esta cantidad y se la reparten en dos partes iguales y por eso son juzgados, de esta sentencia del 2005 interponen recurso de revisión en el año 2011, como es de conocimiento dentro del sistema penal nuevo hay dos recursos, el recurso de revisión para corregir errores de hecho y el de casación para corregir los errores de derecho. El doctor García continua el alegato diciendo que no fueron juzgados por los jueces competentes, para analizar si los jueces en la sentencia mencionada cometieron errores de derecho por la interpretación del recurso de casación, conforme el recurso de revisión, como se ha mencionado durante estos catorce meses es un juicio contra otro juicio, más que un recurso es una acción y así se fundamenta dicho recurso en las causales cuarta y sexta del Código Adjetivo Penal, en la fundamentación del recurso consta, la causal cuarta del 360 de Código de Procedimiento Penal dice

“Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó” y el art. 359 dice “El recurso de revisión por una de las causas previstas en el artículo siguiente, podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria.” Uno de los derechos fundamentales que tenemos los ciudadanos ecuatorianos es la presunción de inocencia, mientras no haya sentencia condenatoria ejecutoriada, de tal modo que los dos recurrentes ya no gozan del estado de inocentes y por eso presentan el recurso. Ellos aceptan que cometieron el delito pero dicen que no fueron los jueces competentes los que debían juzgarlos, y este caso son recursos extraordinarios el legislador tienen una serie de requisitos que cumplir, además el art. 360 del Código de Procedimiento Penal enuncia porqué se puede presentar el recurso y aquí debe analizarse lo que dijo el abogado conforme las causales cuarta y sexta, considerando que son errores de hecho los que deben impugnarse en el recurso de revisión y no errores de derecho. Es obligación de quien interpone el recurso de revisión justificar que se cometió un error de hecho lo cual no se ha justificado, más aún, el art. 86 señala la obligación que tenemos todos los ecuatorianos de actuar honradamente, el 158 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo anteriormente señalado por la defensa: los miembros de las Fuerzas Armadas tienen una misión especial y no la de cometer un injusto. Los recurrentes, piden que se les reintegre a las Fuerzas Armadas como efecto del recurso de revisión, está mal fundamentado el regreso, además de los daños y perjuicios que el Estado ecuatoriano los ha irrogado, en cuanto al daño material e inmaterial es decir que el Estado ecuatoriano debería indemnizarlos por los ocho años: los recurrentes no han fundamentado la causal, han señalado errores de derecho lo cual no se analiza en el presente recurso, hablan de nueva prueba en el momento que se juzgó, pero el perito se limita a señalar que no consta dentro del proceso un examen grafotécnico por lo que no se justifica petición y, en atención al art. 104, no se ha justificado dicha petición por lo que a nombre de la Fiscalía y del Estado ecuatoriano solicita se ordene el archivo correspondiente de la causa”. (fojas 58 vta. a 59 vta. Juicio nro. 521-11, Sala de lo Penal, Corte Nacional de Justicia) c).- **RÉPLICA.** El Dr. Edison Eduardo López en nombre de los dos recurrentes haciendo uso de su derecho a la réplica expuso lo siguiente: “Hay que tomar en cuenta, que en ningún momento se acepta el cometimiento del ilícito alguno, “en el supuesto caso no consentido”, significa que no estamos aceptando la situación, es decir no aceptamos lo que se mencionó, cómo los distrajeron de los jueces naturales y como los condenaron cambiando la tipicidad de las infracciones, numeral 3 en la Corte Militar cambian esa tipicidad y no es por robo ni hurto sino por abuso de confianza, existe jurisprudencia al respecto porque se vulnera el numeral 6 del art. 168 de la Constitución Política, dentro de la jurisprudencia encontramos en el Registro Oficial lo siguiente “El Fiscal acusó por el delito tipificado en el 464 del Código Penal por lo que la aplicación al principio dispositivo contemplado en el 124 de la anterior Constitución y actualmente en el 166 de la Carta Magna vigente, necesariamente debía acusar el delito acusado”. Con la finalidad de perjudicar a estos ciudadanos, en el proceso no

existe prueba alguna que justifique el cometimiento del ilícito por eso se trajo al perito para que determine si hubo o no falsificación, cuantas veces se va a cambiar un cheque y no lo pagan por no ser la firma del dueño del cheque, pero en este caso, los jueces militares sin motivo, dicen que es la firma falsificada y lo dicen en la resolución: “Ubicado en el dormitorio personal en donde vivieron y dejaron después de la consumación de la papeleta de retiro”. En el banco no se percatan de la falsedad del juez, determinan la falsedad de la papeleta, eso es error de hecho y no de derecho, por lo que la intervención del Dr. García es buena pero primero están las garantías constitucionales del debido proceso; los recurrentes no fueron juzgados por el fuero común, fueron a una agencia cercana al recinto militar en Lasso, aunque hayan estado en funciones, cambiar un cheque no es función de un militar, en ningún momento debido a las normas constitucionales que se citaron se ha podido constatar el cometimiento del ilícito alguno, por lo tanto, se insiste que el Recurso de revisión sea aceptado y que se regrese a las filas militares a los recurrentes”. (fojas 59 vta. a 60, Juicio nro. 521-11, Sala de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). Se concede la palabra al Dr. José García Falconí quien haciendo uso de la contraréplica manifestó que: “El recurso de revisión es evidentemente técnico, y se ratifica en su primera intervención que la defensa no ha justificado la causal cuarta y sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal por lo que solicita se deseche el recurso y que se archive la causa”. (fojas 60, Juicio nro. 521-11, Sala de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). **CUARTO. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. a).- ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REVISIÓN.** Atendiendo al bloque de constitucionalidad que sustenta el Recurso de Revisión, es necesario recordar que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Art. 11, num. 9 de la Constitución de la República). Siendo la Administración de Justicia una de las cinco funciones del Estado, es obligación ineludible de este Tribunal garantizar el respeto y la materialización de los derechos contenidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales sobre Derechos Fundamentales, suscritos y ratificados por el Ecuador. Así lo dispone el primer inciso, numeral 3, del art. 11 de la Carta Magna, que señala: “**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**”. Advirtiendo además, en el tercer inciso de la misma norma, que “**los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desear la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento**”. Precautelar a toda costa la supremacía de los derechos fundamentales, en particular, y de las normas constitucionales, en general, es la esencia misma del **Estado Constitucional de derechos y justicia**, cuyo **modelo penal garantista** se fundamenta en la firme convicción de que “*el Derecho, sus normas y procedimientos, no son una fábrica de eticidad, sino, al*

contrario, aquello que hay que juzgar desde la óptica externa que es la ética de los derechos humanos”¹. Solo en la medida que la potestad de administrar justicia se guíe por la ética externa de los Derechos Humanos será posible cumplir a cabalidad con lo prescrito en el art. 169 de la Constitución, que dice: **“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 hará efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”**. Si las normas procesales deben hacer efectivas las garantías del debido proceso, tal como manda la Constitución en el ya referido art. 169, es evidente que la facultad que tiene toda persona a **“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”**², debe ser garantizada celosamente por el Estado. Así lo dispone la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su art. 25, que dice: **“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”**. Por su lado, el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala: **“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”**. Norma que guarda relación directa con la establecida en el numeral 2, del art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en la parte pertinente dispone: **“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”**. De lo que se infiere que la sentencia, como resultado del proceso penal, no solo debe determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona, acusada del cometimiento de la infracción, sino que tal determinación debe ser obtenida **“conforme a la ley”** por parte del Tribunal. Es decir, la sentencia condenatoria que destruya el **principio de presunción de inocencia** en virtud del juicio que se forma el juzgador a partir de la valo-

ración de la prueba, **no debe contener error judicial alguno**. En caso de existir alguno, se trata de una sentencia injusta y el sentenciado tiene el derecho de recurrir el fallo ante el superior. Para lograrlo se encuentra establecido en nuestra ley procesal penal el Recurso de Apelación y el de Nulidad. Empero, cuando se trata de un fallo o **sentencia condenatoria que ha pasado ya por autoridad de cosa juzgada**, el Estado garantiza al sentenciado la posibilidad de recurrir ante la Corte Nacional de Justicia, a través del Recurso de Revisión. **Todo con el propósito de que el sistema procesal sea un auténtico medio para la realización de la justicia**. El recurso de revisión es un **medio de impugnación extraordinario** que afecta o la Institución de la Cosa Juzgada. Busca la invalidación de una sentencia dictada por uno de los Tribunales de Justicia de la República y puede interponerse en cualquier tiempo, luego de haberse ejecutoriado la misma. Pero se trata de un recurso limitado, pues su fundamentación debe ceñirse a una de las causales contempladas en el **art. 360 del Código de Procedimiento Penal**, estas son: **1)** Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta; **2)** Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas es errada; **3)** Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; **4)** Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó, **5)** Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna, y **6)** Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Salvo este último caso, el recurso deberá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho en la sentencia. El maestro **Claus Roxin** acerca del recurso de revisión señala que: **“Sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada... la paz jurídica, solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión, representa el caso más importante de quebrantamiento de la Cosa Juzgada en interés de una decisión materialmente correcta”**³. **Jorge Zabala Baquerizo** en su Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo X, manifiesta que: **“El recurso extraordinario de revisión es un modo de impugnación de carácter extraordinario especial, con efecto devolutivo pero sin efecto suspensivo, que tiene por objeto una sentencia condenatoria penal firme que se considera errada, a base de alguna de las clases de error previstos expresamente por la Ley; con la finalidad de obtener la revocatoria de dicha sentencia simplemente absolutoria, o por una sentencia rehabilitadora post mortem”**⁴. Hay que advertir que en el Recurso de Revisión no cabe una nue-

¹ PRIETO Sanchís, Luis (2011) Garantismo y Derecho penal, 1ra edición, Iustel, España, p. 27.

² Literal m), numeral 7, del art. 76 de la Constitución de la República.

³ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires 2003.

⁴ Zabala Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo X, Editorial Edina, 2007. Guayaquil-Ecuador.

va valoración de pruebas ya vertidas en el juicio, sino la valoración de **nuevas pruebas** que es obligación del recurrente incorporarlas al proceso conforme a derecho. Exceptuándose de esta obligación, aquel recurso que se fundamente en la causal sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, **Giovanni Leone** explica que *“la revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas (en tal caso, la cosa juzgada quedaría totalmente desterrada), sino por efecto de la sobrevivencia (integral o integrante) de nuevas pruebas”*. Criterio que comparte **Domingo García Rada** en su **Manual de Derecho Penal**, donde afirma que la revisión *“ataca la santidad de la Cosa Juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias”*. Por esta razón, un amplio sector de tratadistas considera que el Recurso de revisión es **un proceso contra otro proceso**. La institución de **cosa juzgada** (inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia) es uno de los pilares sobre los cuales se erige el Estado de Derecho. Sin embargo, en el **modelo penal garantista** el poder punitivo del Estado constitucional está limitado por los Derechos Fundamentales. Gracias a este derecho sustancial es que el Recurso de Revisión ataca a la cosa juzgada a fin de garantizar el **derecho a la seguridad jurídica** de los ciudadanos y ciudadanas; mismo que se encuentra consagrado en el **art. 82** de la Constitución: *“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”*. El error de condenar a una persona inocente debe ser revisado y enmendado incluso post mortem, esta revisión a un error insoportable frente a la idea de justicia no debilita al Estado constitucional de Derecho, más bien la fortalece y legitima. **b).- SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE Y QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO**. Hemos transcrito en el considerando tercero de este fallo la fundamentación del recurso por parte de **MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE** y **QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO**, y los argumentos del señor representante del **Fiscal General del Estado**, hecho realizado en audiencia oral, pública y contradictoria celebrada ante este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, en fecha 07 de marzo del 2013, a las 15h30, ante lo cual debemos señalar que: Los recurrentes han interpuesto el recurso de revisión de conformidad a la causal establecida en el numeral 4 y 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, texto legal que dice: *“Art. 360. Causas. Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos: 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; y 6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”*. El último

inciso del art. 360 del Código Adjetivo Penal establece que: *“Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”*. (subrayado es nuestro). El Tribunal de la Corte de Justicia Militar en su sentencia, encontró a los ahora recurrentes autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 190 numeral 3, del Código Penal Militar, vigente a la época en que se dictó auto de cabeza de proceso. Entre los considerandos enunciados por el Tribunal a quo para llegar a su fallo, principalmente encontramos: *“CUARTA: El cuerpo del delito se comprueba de las constancias procesales que obran de fojas 61 a 62, en las que consta que efectivamente, de la cuenta de ahorros nro. que mantenía el CBOS. JOSÉ MERIZALDE, fue retirada la cantidad de 1.200 dólares... De fojas 36 y 36 vuelta, se halla el testimonio indagatorio del SLDO. LUIS ROLANDO QUINABANDA CHACÁN, que en la parte esencial dice: “El día 27 de febrero de 2003, encontrándome en el dormitorio y hallándose abierto el armario del CBOS. MERIZALDE JOSÉ, se me ocurrió coger la libreta de ahorros y la cédula de mi cabo y le invité a salir a mi compañero soldado Manobanda, pidiéndole que me acompañe al Banco del Pichincha del cantón Lasso, a fin de retirar dinero de la cuenta de ahorros de mi cabo Merizalde, diciéndole que era una petición de mi cabo, en principio y luego le dije que el dinero nos íbamos a repartir, a lo que contestó afirmativamente; una vez que llegamos al lugar procedí a llenar la papeleta de retiro por la cantidad de MIL DOSCIENTOS DÓLARES; es decir, yo firmé como propietario de la cuenta de ahorros de mi Cabo, haciéndole una firma más o menos parecida a la de la cédula de mi Cabo Merizalde y se encolumnó para retirar la mencionada cantidad, suma de dinero que fue entregada sin problemas...”. De fojas 37 y 37 vuelta se encuentra la declaración del sindicado SLDO. MARCO ENRIQUE MANOBANDA GUACHI, que en lo principal manifiesta: “El día 27 de febrero del 2003, siendo aproximadamente las 10h30 minutos, mi compañero Quinabanda me pidió que le acompañara al Banco del Pichincha del Lasso a fin de retirar dinero de la libreta de ahorros de mi cabo Merizalde, él procede a llenar la papeleta y me entrega para que retire el dinero en el monto de mil doscientos dólares; regresamos al cuartel y nos repartimos en mitad; esto es, seiscientos dólares para mí y seiscientos dólares para el Sldo. Quinabanda; dinero que lo tenía guardado en el armario... A fojas 63, la instructiva del agraviado señor CBOS. JOSÉ MERIZALDE YAGUACHI, el mismo que con juramento, en la parte fundamental de su declaración indica: “...el día viernes 28 de febrero del 2003, siendo aproximadamente a las 18h30 me dirigí al cajero automático del Banco General Rumiñahui ubicado en el interior de la 9-BFE “PATRIA” a retirar el dinero estaba acompañado del Sldo. Quinabanda Luis y al terminar la transacción observé que en el papel comprobante habían retirado de mi cuenta de ahorros la cantidad de mil doscientos dólares; me llamó la atención el retiro del dinero,*

puesto que yo no lo realicé; y, en ese mismo momento exclamé diciendo ¡quién me habría sacado la plata! Dirigiéndome en ese mismo instante con el Soldado, al dormitorio a revisar mi libreta de ahorros, que se encontraba en el armario; encontré mi libreta con la cédula de ciudadanía en el mismo lugar, pero con la novedad de que la transacción de retiro de dinero efectivamente se había realizado un día antes, esto es, el día jueves 27 de febrero del 2003. Debo recalcar que el armario se encontraba sin ningún tipo de forzamiento... Así mismo debo manifestar que la llave de mi cancel siempre lo colocaba debajo de la almohada de la cama donde duermo...". QUINTA: *La forma como se ha cometido la infracción, esto es, haciéndose entregar el dinero por el Banco del Pichincha, con el objeto de apropiarse de esos fondos y empleando manejos fraudulentos, como la sustracción de la cédula de identidad, la libreta de ahorros desde el armario del CABO. MERIZALDE YAGUACHI, ubicado en el dormitorio del personal del cuartel, en donde volvieron a dejarlos después de consumado el hecho y la falsificación de la papeleta de retiro; efectivamente, ha dado lugar al auto de llamamiento a juicio plenario y se adecúa en la descripción típica del delito contra la propiedad, previsto y sancionado en el Art. 190, numeral 3, del Código Penal Militar. Las declaraciones de los propios sentenciados, hechas en forma libre y voluntaria, son concordantes entre sí, pues admiten su culpabilidad y conforme a derecho, se comprueba la existencia del delito tipificado y sancionado en el Art. 190 numeral 3 del Código Penal Militar*⁵. (negritas y subrayado es nuestro, sic). Con lo antes transcrito y constante en la sentencia recurrida, haremos un breve análisis de algunos de los elementos que configuran la estructura dogmática del tipo penal determinado en el art. 190 numeral 3, del Código Penal Militar, delito por el cual se sentenció a los recurrentes, así, el texto de la norma dice: **"Serán sancionados con prisión de uno a cinco años, según la gravedad de los casos: 3. Los que, con el objeto de apropiarse de una cosa ajena, se hubieren hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos o recibos, ya usando calidades o nombres falsos, ya empleando manejos fraudulentos."** Bien jurídico protegido: La propiedad. El sujeto activo está conformado por los acusados Marco Enrique Monobanda Guachi y Luis Rolando Quinabanda Chacán. El sujeto pasivo a criterio del Tribunal a quo ¿acaso sería el Banco del Pichincha? Recordemos parte de la motivación del fallo recurrido. "QUINTA: *La forma como se cometió la infracción, esto es, haciéndose entregar el dinero por el Banco del Pichincha...*". Sujeto pasivo del delito (que es el caso) es el titular del bien jurídico protegido que ha sido afectado, es la persona sobre quien recae el daño causado por la conducta del sujeto activo. En el caso que nos ocupa. José Manuel Merizalde Yaguachi es el titular de la cuenta de ahorros del Banco del Pichincha, institución a donde supuestamente acudieron los acusados

Monobanda y Quinabanda a retirar el dinero de la cuenta de Merizalde utilizando para ello una papeleta de retiros quizás adulterada. ¿A quién se afectó en su patrimonio? la respuesta es obvia, los fondos que se encontraban en la cuenta del Banco del Pichincha pertenecían a José Manuel Merizalde Yaguachi el sujeto pasivo del delito, el titular del bien jurídico protegido que ha sido afectado es Merizalde, a él es a quien se le afectó en su patrimonio, mas no al Banco del Pichincha como erróneamente determina el Tribunal a quo, institución financiera a la cual, bien dicho sea de paso, jamás en ninguna etapa del proceso se la consideró como ofendida y que nunca tan siquiera compareció al proceso bajo esa circunstancia. El verbo rector está determinado con *el que se hubiere hecho entregar*. En el tipo penal que estamos tratando es la propia víctima, **voluntariamente**, quien dispone de los bienes, inducida por el autor que, con su procedimiento engañoso, ha influenciado en el sujeto pasivo una falsa noción sobre la naturaleza o los alcances perjudiciales de su decisión de entregar voluntariamente parte de su patrimonio. A pesar de que hemos identificado el error en que recae el Tribunal a quo al momento de determinar al sujeto pasivo (haciéndose entregar el dinero por el Banco del Pichincha), debemos sin embargo decir que tampoco encontramos indicios de una entrega voluntaria de su patrimonio por parte de José Merizalde Yaguachi a favor de Marco Enrique Monobanda Guachi y Luis Rolando Quinabanda Chacán, ni que ellos se hubiesen hecho entregar aquel patrimonio mediando alguna argucia. El **elemento objetivo**, el objeto del tipo penal está determinado por *la cosa ajena...fondos, muebles, obligaciones, finiquitos o recibos*. El **elemento subjetivo** con *el objeto de apropiarse...ya usando calidades o nombres falsos, ya empleando manejos fraudulentos*. No hemos encontrado que se haya justificado plenamente esta circunstancia, el Tribunal de la Sala de la Corte Militar indica que *"La forma como se ha cometido la infracción, esto es, haciéndose entregar el dinero por el Banco del Pichincha, con el objeto de apropiarse de esos fondos, y empleando manejos fraudulentos, como la sustracción de la cédula de identidad y la falsificación de la papeleta de retiro"*. (negrilla es nuestro). El elemento subjetivo es el despliegue de maniobras realizadas por el sujeto activo que inducen una falsa noción de la realidad a la víctima o sujeto pasivo, quien en ese error decide la entrega de la cosa. El elemento subjetivo está dado por el engaño, pero según el Tribunal a quo aquello se determina en el momento en que los acusados se habrían sustraído la cédula de José Merizalde y habrían falsificado la papeleta de retiro, a estos elementos los encasilla como manejos fraudulentos, conclusión que a vista de la lógica y la sana crítica nos genera muchas dudas, empero si la aceptamos, del proceso no existe siquiera informe pericial alguno que determine que la papeleta de retiro con la cual los acusados habrían sacado el dinero del banco ha sido falsificada. En este punto el argumento de los

⁵ Cuadernillo del 9 Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, II cuerpo, fojas 151 a 152 vta.

recurrentes es aceptado. No queda al arbitrio de los señores jueces el concluir que la papeleta de retiro fue falsificada, sino se debió tener la certeza de aquello en base a algún elemento probatorio que debió ser incluido en el proceso en el momento procesal oportuno, lo contrario resulta ilegal. Del análisis realizado por este Tribunal de Revisión de la Corte Nacional de Justicia, **se evidencia que no se ha comprobado la existencia de la infracción por la que se les acusó a Marco Enrique Monobanda Guachi y Luis Rolando Quinabanda Chacán esto es el delito tipificado y sancionado en el art. 190 numeral 3, del Código Penal Militar**, que se encontraba vigente a la época de los hechos, siendo pues en este caso procedente la revisión por la causal 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. En ese estado no creemos pertinente continuar tratando sobre las alegaciones de los recurrentes en lo que tienen que ver con su responsabilidad, cuando la materialidad de la infracción no se ha determinado. Por las consideraciones antes expuestas, 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”**, al tenor de lo dispuesto en el art. 367 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad declara *procedente* el recurso de revisión presentado por **MANOBANDA GUACHI MARCO ENRIQUE y QUINABANDA CHACÁN LUIS ROLANDO**, en relación a la causal 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, por ende **revoca la sentencia impugnada y se ratifica el estado de inocencia de los procesados Manobanda Guachi Marco Enrique y Quinabanda Chacán Luis Rolando**, ha lugar la reparación integral. Devuélvase el proceso a la jurisdicción de origen para los fines legales pertinentes. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada de la Sala con acción de personal nro. 2692-DNP-MY de fecha 23 de julio del 2012. **Notifíquese y cúmplase.**

f) **Dra. Ximena Vintimilla M., Jueza. Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez.**



IV

Juicio nro. 1081-12

Juicio penal por injurias propuesto por Jorge Eduardo Muñoz Roman en contra de Yousef Kamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo.

SÍNTESIS:

El abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann denuncia que los hechos se suscitaron al litigar un proceso de indemnización de daños y perjuicios donde, señalaron

textualmente: “...al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que “si no accedimos a la venta del terreno en la manera que ellos pretenden hacerla, los juicios que nos plantearía nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...”. Los acusados comparecen a juicio y alegan falta de derecho del querellante para proponer esta acusación ya que no existen términos injuriosos en el texto que él hace referencia en el libelo inicial, caso contrario el señor Juez ante quien se presentó dicho escrito hubiese devuelto el mismo a su suscriptor. De todo lo actuado el juez competente considera que no existe el animus injuriandi elemento esencial en los delitos de injuria y conforme lo señala el Art. 500 del Código Penal “No dará lugar a las injurias los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la casusa...” resuelve absolver a los acusados. El actor apela la sentencia ante el superior quien una vez analizados los argumentos de las partes ratifica la sentencia del inferior. Interpone recurso de casación y la Sala Especializada de lo Penal, una vez analizados los argumentos de las partes considera que, el recurrente no ha establecido en forma exhaustiva con claridad y precisión las normas que creía han sido vulneradas o en qué sentido se ha inaplicado la ley por lo que declara improcedente el recurso de casación interpuesto.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, miércoles 27 de junio del 2012. Las 09h16.

VISTOS: El Ab. JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN comparece ante el órgano judicial y deduce formal acusación particular en contra de YOUSEF KHAMIS EL ALLAM, RICARDO KHAMIS ZAIDAN, ALEXANDRA ARIAS LUZARDO y PABLO PERALTA, en virtud de que: Con ocasión de proceso por indemnización de daños y perjuicios, en el que comparece como abogado de los denunciados en escrito de reconvención, presentado con fecha 18 de octubre del 2011, a las 09h27, ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, ubicado en la avenida 6 de Diciembre y Piedrahita de esta ciudad de Quito, en la causa 832-2011-Dr. Wilmer Zambrano, señalaron textualmente: “...al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que “si no accedimos a la venta del terreno en la manera que ellos pretenden hacerla, los juicios que nos plantearían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...”. Con lo anterior le han imputado falta de moralidad, cuyas consecuencias perjudican considerablemente su fama, crédito, y sus intereses de Abogado. El art. 500 del Código Penal,

señala expresamente: “No dará lugar a la acción de injurias los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de un testimonio. Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; percibir a los abogados o a las partes, y aún imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa que se habla en el inciso anterior”. ¿Lo señalado por los denunciados es una defensa de la causa?, ¿Dirigirse contra el abogado, quien no los demandó es defender la causa? ¿Puedo ofender al abogado de la parte contraria sin probar lo que imputo, a contrario del ejemplo del artículo citado? ¿Puedo enlodar el nombre de alguien en la supuesta defensa de la causa? ¿Cuál es la defensa de la causa? Defensa de la causa es cuando me remito a los hechos y demuestro mi verdad. ¿Es necesario para ello mancillar el honor de la contraparte? El derecho al honor y al buen nombre es superior a cualquier otro derecho. De acuerdo a nuestra Carta Magna se aplicará el derecho de acuerdo a la Pirámide de Kelsen, esto es la Constitución en la cúspide y bajo ella el resto de las normas, no pudiendo ninguna norma irse en contra de ella. El art. 500 del Código Penal, pareciera irse en contra de la Constitución, por lo que sería inconstitucional, pero no es así, hay que entenderlo en todo su alcance, y el ejemplo citado en el mismo artículo, pide un requisito, probar las tachas o sea SE DEBE PROBAR EL HECHO QUE SE INJURIA, de estimarse otra interpretación el artículo sería inconstitucional. La Constitución garantiza la honra de las personas en su art. 3 numeral 1 “Es deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución; “11 numerales 5, 6, 9, “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 (sic) cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. 66 numeral 3 a y b y 18 “Se reconoce y garantizará a las personas: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. 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 disca-

pacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. 18. El derecho al honor y al buen nombre. La Ley protegerá la imagen y la voz de la persona. El art. 489 del Código vigente señala expresamente: “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”. El art. 491 del Código Penal por su parte señala expresamente “Las injurias no calumniosas son graves o leves: son graves: La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;...”. De acuerdo a lo enunciado, los denunciados me tratan de chantajista, lo que no permito, me están ocasionando grave daño, el tratarme de chantajista además de dañar la honra y buen nombre, me afectan en mi profesión, cualquiera que vea el escrito pensaría mal de mí, y en base a un hecho falso me veo afectado en mi moralidad. Soy una persona correcta, libre y de buenas costumbres y nunca voy a permitir que pisoteen mi nombre. Como lo relatado constituye delito de injurias no-calumniosa grave, se querrela civil y criminalmente contra los acusados en referencia. Agotado el trámite de rigor, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO**. En la tramitación de la causa se han observado las normas legales inherentes a esta clase de juicios, sin que exista omisión de solemnidad sustancial alguna, que pueda influir en la decisión de la misma, por lo que se declara la validez procesal. **SEGUNDO**. Citados los querellados, conforme se advierte de las actas constantes de fs. 15 a 18, éstos comparecen a juicio, mediante escrito de fs. 12 a 13v., y deducen las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la ilegal e infundada querrela propuesta por parte de Jorge Eduardo Muñoz Romann; ilegitimidad de personería del actor; falta de identidad de los querellados; compensación de injurias. Alegan falta de derecho del querellante para proponer esta acusación ya que no existen términos injuriosos en el texto que él hace referencia en el libelo inicial, caso contrario el señor Juez ante quien se presentó dicho escrito hubiese devuelto el mismo a su suscriptor con la respectiva sanción conforme lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial; improcedencia de la acción penal por cuanto ésta constituye una retaliación ante la negativa de dar en venta un lote de terreno a favor de las señoras Miranda Mantilla, quienes son auspiciadas profesionalmente por el querellante; que la querrela no reúne los requisitos contemplados en el art. 55 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el art. 371 del cuerpo de leyes invocado, por lo tanto la querrela propuesta es improcedente y debe ser rechazada en su momento. Reclaman expresamente indemnización de daños y perjuicios, daño moral y honorarios de la defensa; **TERCERO**. Durante el plazo de prueba, el querellante presenta: de fs. 23 a 26, copias certificadas del

escrito de contestación a la demanda, presentado en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, el martes 18 de octubre del 2011, a las 09h27, dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios nro. 832-2011-WZ, propuesto por Gabriela Alexandra Miranda Mantilla, Luis Sebastián Maldonado Sánchez, Rommy Silvana Miranda Mantilla y Claudio Alex Rodríguez Contreras, por los acusados. Los querrelados, presentan: solicitud de la práctica de la experticia de los correos electrónicos enviados y recibidos durante el mes de mayo del 2011, especialmente de los días 16, 17 y 18 entre los usuarios que se singularizan en el acápite VII del escrito de fs. 30-30v. El perito legalmente nombrado y posesionado Ing. Rafael Melgarejo Herdía, presenta su informe informático, mismo que obra de fs. 35 a 68. Realizada la audiencia final, el querrelante, manifiesta: formalizo mi acusación particular diciendo el querrelante soy yo Jorge Eduardo Muñoz Romann por mis propios derechos de 46 años de edad, abogado con domicilio en la Av. República del Salvador y Av. de los Shyris esquina Edificio Onix piso 10 C, soy de estado civil casado, con C.C. 172142565-8. Los querrelados son Yousef Kamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Alexandra Arias Luzardo y Pablo Javier Peralta Chiriboga, con domicilio en esta ciudad de Quito, calles Juan de Celis Oe1-25 y Vicente Duque. Los hechos constituyen el delito de injuria no calumniosa grave sancionado en el art. 490 numerales 1 y 2 del Código Penal en concordancia con el art. 495 del mismo Código, siendo vulnerados además los arts. 66 numerales 3 literales a y b y 18 de la Constitución. Los hechos ocurrieron con fecha 18 de octubre del 2011, a las 09h27 cuando los querrelados presentaron un escrito suscrito por ellos ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, ubicado en la Av. 6 de Diciembre y Piedrahita de esta ciudad de Quito, en la causa nro. 832-211-Dr. WZ, en el que señalan textualmente “al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que si no accedíamos a la venta del terreno, en la manera que ellos pretendían los juicios que nos plantarían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...” Yo soy el directamente ofendido lo que quedó demostrado con la copia certificada del escrito adjunto dentro del pedido probatorio. Prescindo de presentar testigos, reservándome el derecho de repreguntar a los de la contraparte. Los querrelados, a través de su Abogado defensor, manifiesta: dando contestación a la querrela presentada por el Abg. Jorge Eduardo Muñoz Romann, debo manifestar que las supuestas injurias relatadas a través de un escrito de contestación a la demanda propuesta por el hoy acusador particular y a la que ha hecho referencia en su formalización de acusación; si bien es cierto que no existe ningún acto injurioso con el que se pretenda dañar la honra y la imagen del profesional, a más de ser estos hechos ciertos y que fueron expresados por él en una reunión que se llevó a efecto el martes 07 de junio a eso de las 10h00 en las oficinas de la Inmobiliaria La Coruña, esta respuesta se efectuó dentro de un proceso judicial y que de conformidad con el art.

500 del Código de Procedimiento Penal, son hechos en fuerza de la defensa de la causa, por lo tanto no da lugar a la iniciación de ninguna acción y peor aún el de injurias en materia penal. El testigo anunciado por los querrelados, JORGE EDUARDO ZALDUMBIDE COBENA, contestando el interrogatorio formulado, manifiesta: a la 1. ¿Sírvese indicar el testigo, en calidad de qué actuó usted dentro de la negociación que se llevaba a efecto por la venta de un lote de terreno en los Huertos Familiares El Aromito que se estaba efectuando entre los Srs. Khamis y Sra. Silvana Miranda Mantilla y otra.? R: Trabajo para la Inmobiliaria La Coruña en la zona de Cumbayá y como tal actué como gestor o mediador en la compraventa de propiedades en la zona, como tal actué como mediador entre el comprador y vendedor del lote mencionado. A la 2. ¿Diga si en su condición de mediador para dicha transacción y con el afán de subsanar ciertos inconvenientes, usted convocó a una reunión a los compradores y vendedores para el día martes 07 de junio en horas de la mañana? R: Efectivamente se convocó a las partes, tanto a los compradores como a los vendedores, para llegar a un acuerdo en la compraventa. A la 3. ¿Indique qué personas concurrieron a dicha reunión? R: La Dra. Alexandra Arias, la Sra. Rommy Miranda, el esposo de la Sra. Miranda cuyo nombre no recuerdo, el Abogado de la Sra. Rommi Miranda, Sr. Jorge Muñoz, el Dr. Diego Portillas y quien le habla. A la 4. Sírvase relatar, en forma pormenorizada, los hechos ocurridos en dicha reunión: R: En vista de que no se llegó a un acuerdo en la compraventa del lote mencionado, la Sra. Miranda a través de su representante solicitó a la Dra. Alexandra Arias conversar con el propietario del lote y conseguir que se logre la compraventa del lote o se devuelva los valores pagados al Municipio por la transferencia de dominio. Lo que pasa es que fue una reunión muy acalorada, la Dra. Arias indicó que lo que se podría devolver eran los valores recibidos por la transferencia de dominio, para lo cual solicitó se inicie el trámite dentro del Municipio, la Sra. Rommy Miranda a través de su abogado Jorge Muñoz, solicitó que se devuelvan los valores transferidos al Municipio más una indemnización que pidió sea valorada por los vendedores. No se llegó a ningún acuerdo en esta reunión y la misma terminó. A la 5. ¿Indique si en la intervención del Ab. Jorge Muñoz, éste manifestó que nos plantearían los juicios que sean y que los mismos iban a costar más de lo que vale el terreno? R: Sí se planteó la posibilidad de unos juicios, no recuerdo la segunda parte. Contestando el interrogatorio formulado por el acusador particular, Ab. Jorge Eduardo Muñoz Romann, dice: A la 1. Si la Dra. Alexandra Arias permitió tener en forma personal una reunión con el querrelado Yousef Khamis. R: En la reunión los señores que “intentaban la compra, solicitaron a través de la Dra. Alexandra Arias con el Sr. Yousef Khamis y la Dra. Alexandra Arias no dio apertura para lograr esta reunión. 2. El testigo menciona al Dr. Diego Portilla quien también participó en la reunión, el Dr. Diego Portilla es Abogado de la Inmobiliaria La Coruña, diga el testigo al final de la reunión, que fue lo que el Dr. Diego Portilla

dijo. R: El Dr. Diego Portilla indicó que iba o intentaría conversar con uno de los señores Khamis, no recuerdo el nombre de quien, porque son algunos, para lograr que se llegue a un acuerdo entre las partes. Durante la etapa de los DEBATES, el querellante manifiesta: soy un hombre libre y de buenas costumbres, con el delito cometido se me ha imputado falta de moralidad cuyas consecuencias perjudican mi fama como abogado, siendo además un hecho afrentoso. El inciso primero del art. 500 del Código Penal, señala que no darán lugar a la acción de injurias, los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales. En el tercer inciso del señalado artículo, señala textual las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente ¿cómo puedo defender la causa ofendiendo al abogado de la contraparte?, en el escrito afrentoso y dentro de esa causa yo no soy parte soy solo un mandatario y sin perjuicio de ello se me demanda reconventionalmente por una cantidad millonaria siendo que yo no demandé, esto no es defensa de ninguna causa, ¿es necesario enlodar el nombre de un abogado, por la supuesta defensa de causa?, ¿cuál es la defensa de una causa al tratar de chantajista al abogado que no es parte? El derecho al honor y al buen nombre está garantizado constitucionalmente y es de aplicación por sobre normas de menor jerarquía. Por todo lo expuesto, disposiciones citadas y demás pertinentes, solicito a la Sra. Jueza acoger la querrela Injuria no calumniosa grave en contra de YOUSEF KHAMIS EL ALLAM, RICARDO KHAMIS ZAIDAN, ALEXANDRA ARIAS LUZARDO y PABLO PERALTA y que se les condene al máximo de las penas de prisión y multa y al pago de los daños y perjuicios ocasionados, con costas. Los querrellados a través de su abogado defensor, manifiestan: el art. 489 invocado por el querellante hace relación a la injuria no calumniosa y que tiene relación con la acción ejecutada por el sujeto activo en contra del pasivo pretendiendo desacreditar, deshonrar o menospreciar a la persona. El querrellado, al inicio de su exposición manifiesta que: se le ha pretendido enlodar su buen nombre, faltar a la moralidad y buenas costumbres, a través de un escrito presentado por mis defendidos, dentro del juicio nro. 832-2011, que se sustancia en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha. Al respecto debo manifestar que con la declaración rendida por el Sr. Jorge Zaldumbide Cobeña se está ratificando lo expresado en el escrito antes mencionado, es decir no es ninguna invención y pese a que el querrellado es quien debe demostrar y justificar con prueba idónea y fehaciente la verdad de su acusación, no lo ha hecho y más bien, los querrellados a través del referido testigo, ha dejado en claro que el Dr. Muñoz en la reunión llevada a efecto el 07 de junio del 2011, en las oficinas de la Inmobiliaria La Coruña amenazó con la iniciación de varios juicios, y esto en la práctica se ha llevado a cabo. No obstante de lo manifestado, el escrito donde se dice constan las supuestas injurias no fue devuelto por el Sr. Juez quien estaba obligado de oficio o a petición de parte, rechazar y devolver este tipo de peticiones, con lo que se justifica que no hubo el ánimo de causar daño o atentar a la moral de supuesto ofendido y lo que si más

bien, se pretendió es informar al señor Juez de los hechos acaecidos en dicha reunión y en la que participó el querellante, inclusive emitiendo criterio. Debe tomarse en cuenta lo previsto en el art. 500 del Código Penal que expresamente dice “no darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa”. Por lo tanto solicito a la Sra. Jueza desechar la querrela, por falta de prueba, declarar a la acusación de maliciosa y temeraria, de conformidad a lo que dispone el Código de Procedimiento Penal, se mande a pagar daños y perjuicios. El querellante haciendo uso de la Réplica manifiesta: respecto del fundamento de mi querrela esta se encuentra en el art. 490 numerales 1 y 2 del Código Penal. El único testigo presentado, no señaló en su testimonio el texto puesto en el escrito suscrito por los querrellados. Consta dentro del proceso la copia certificada del escrito en que se me imputa el ser chantajista, con esto se prueba la existencia del ilícito. Por último nunca amenacé a los querrellados, respecto a las demandas, les avise que iba a iniciar procesos por el incumplimiento y el hecho dañoso causado con este a mis representados. La defensa de los querrellados, haciendo uso de la contra réplica, dice: a confesión de parte relevo de prueba. **CUARTO.** De lo actuado, se advierte: 1. El delito de injuria es eminentemente intencional, por lo que se considera requisito fundamental para estimar demostrada la infracción, que haya existido la voluntad de ofender, equivalente al dolo, por lo que su consumación reclama de la concurrencia de la ofensa al honor como bien jurídico protegido; y, el propósito enveras de la imputación confrontada con la realidad. 2. Son elementos integrantes de este delito: a) Toda expresión proferida o acción ejecutada dirigida a deshonrar, desacreditar o menospreciar a otra persona; y, b) La intención o ánimo de ofender (animus injuriandi). Por lo tanto, el delito de injurias solo se configura cuando se ha acreditado con prueba fehaciente su realización de manera intencionada, con un específico ánimo de ofender, el que se diluye cuando en contra posición a este ánimo aparece otro propósito como elemento contrario a la aplicación de la norma punitiva. 3. En el presente caso, es evidente, que la controversia deviene de un escrito presentado ante el Señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, por Ricardo Khamis Zaidan, Yousef Khamis El Allam, Alexandra Arias Luzardo y Pablo Javier Peralta, actuación referida con la contestación a la demanda dentro del juicio ordinario nro. 832 832-2011-WZ (**sic**), propuesto por Gabriela Alexandra Miranda Mantilla y otros, escrito que ha decir del querellante Jorge Eduardo Muñoz Romann contiene imputaciones extrañas a la causa, no obstante están referidas a la enajenación del inmueble de propiedad de Yousef Khamis El Allan y Linda Zaidan Saba, y que era motivo precisamente de la controversia. 4. El art. 500 del Código Penal señala “No dará lugar a la acción de injurias los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa...”, se trata de una condición restrictiva, prevista por el legislador en la ley penal,

que se fundamente en la libertad de la defensa, y en la necesidad de hacerlas para defender en forma los derechos de las partes. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se absuelve de los hechos acusados YUSEF KHAMIS EL ALLAM (sic), RICARDO KHAMIS ZAIDAN, ALEXANDRA ARIAS LUZARDO y PABLO JAVIER PERALTA. Se declara que la acusación particular presentada por JORGE MUÑOZ ROMANN, no es maliciosa ni temeraria. **Notifíquese.**

f) **Dra. Ángela Sarmiento, Juez.**

APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Fernando Real Ortiz.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. PRIMERA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, Jueves 23 de agosto del 2012. Las 17h00.

VISTOS: De conformidad a las acciones de personal números 3637-DP-DPP, de fecha 17 de agosto del 2012 y 3820-DP-DPP, de fecha 21 de agosto del 2012, avocan conocimiento los doctores Fernando Real Ortiz y Joselito Pallo Quisilema, por licencia de sus titulares doctores Jorge Villarroel Merino y Patricio Arízaga Gudiño, los dos últimos. Por lo que al contraste legalmente integrado, este Tribunal de Alzada, en esta fecha, luego de haberse evacuado la audiencia pública, oral y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168, numeral 6 y 169 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 205.1, 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, procede a emitir su pronunciamiento, por escrito, sobre el recurso de apelación deducido tanto por el querellante Jorge Eduardo Muñoz Romann cuanto por los querellados Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo, de la sentencia que absuelve de los hechos a los querellados, dictado por la Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha, el 27 de junio del 2012 a las 09h16, cuyo efecto realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERO.** La Sala es competente para conocer y resolver sobre la apelación de la sentencia subida en grado de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.1 y 343.2 del Código de Procedimiento Penal, y art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.** Al no evidenciar omisión de solemnidades sustanciales que acarreen la nulidad procesal, el proceso es válido y así se lo declara. **TERCERO.** Con providencia de 20 de julio del 2012 a las 09h33, se convocó a las partes procesales para que el día martes 23 de agosto del 2012 a las 14h30, tuviere lugar la audiencia pública, oral y contradictoria dentro de los recursos de apelaciones interpuestas por el querellante Jorge Eduardo Muñoz Romann y los querellados Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo. Por haber llegado el día y hora antes indicados, conforme a la disposición contenida en el artí-

culo 345, inciso primero del Código de Procedimiento Penal, se concede la palabra al recurrente acusador particular Dr. Jorge Muñoz Romann quien en lo medular expresa: las imputaciones injuriosas no calumniosas fueron puestas por escrito en un juicio civil por daños y perjuicios, donde fue abogado de Gabriela Miranda y otros, en este escrito los querellados le demandan reconventionalmente siendo solo abogado en el proceso, ahí se ve el ánimo afrentoso, donde le tratan de chantajista y que los ha amenazado, expresiones que afectan a su persona y no se encasillan en el art. 500 del Código Penal. Solicita se revoque la sentencia venida en grado y se acoja en todas sus partes la apelación. Por su parte, el Dr. Marco Rodríguez en representación de los querellados, manifestó en lo medular que apeló por cuanto la jueza no calificó de maliciosa y temeraria la querrela a pesar que existen los elementos necesarios para hacerlo. La Sala después de haber escuchado a las partes, y analizar el escrito objeto de enjuiciamiento, determinó que las expresiones constantes en el mismo, no existe el ánimo de injuria, así como tampoco existe malicia ni temeridad en la querrela, con lo cual desecho el recurso de apelación interpuesto tanto por el querellante cuanto por el querrellado. **CUARTO.** Antecedentes: La presente causa penal se da inicio con la querrela presentada por Jorge Eduardo Muñoz Romann en contra de Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo, a quienes les acusa de haber cometido injuria no calumniosa grave. Teniendo como relación de los hechos la siguiente: con ocasión del proceso por indemnización de daños y perjuicios, en el que comparece como abogado, los querellados en su escrito de reconvencción que fuere presentado el 18 de octubre del 2011 a las 09h27, ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, dentro de la causa nro. 832-2011-Dr. W.Z., indica que han señalado textualmente: "...al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que si no accedíamos a la venta del terreno en la manera que ellos pretendían hacerlo, los juicios que nos plantearían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...", expresiones que el querellante considera injuria no calumniosa grave, amparado en lo dispuesto en los artículos 489 y 490 del Código Penal y luego del trámite respectivo de conformidad con los artículos 371 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, solicita se les condenen al máximo de las penas de prisión y multa y al pago de daños y perjuicios, costas procesales, incluido sus honorarios como abogado. Querrela ésta que ha sido presentada el día jueves 12 de enero del 2012 a las 13h44, en la Oficina de Sorteos de la Función Judicial; realizado que ha sido el respectivo sorteo ha correspondido su conocimiento al Juzgado Segundo de Garantías Penales de Pichincha; calificada la misma se ha procedido a citar a los querellados, para luego, la Judicatura conforme el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal, dispone que en el plazo de seis días las partes presenten sus pruebas documentales, soliciten los peritajes del caso y

anuncien los testigos que deberán comparecer en su favor en la audiencia final. Audiencia Final: Terminada la prueba, tiene lugar la audiencia final con fecha 25 de junio del 2012 a las 14h09, en la que la Jueza de la causa Dra. Ángela Sarmiento, en razón de que las partes no han llegado a una conciliación, de conformidad con el art. 373 del Código de Procedimiento Penal ha dispuesto continuar con la audiencia y ha concedido la palabra al querellante quien formaliza la querrela exponiendo que los hechos constituyen el delito de injuria no calumniosa grave sancionada en el art. 490 numerales 1 y 2 del Código Penal en concordancia con el art. 495 del mismo cuerpo legal; que el hecho ha ocurrido el 18 de octubre del 2011, cuando los querrelados han presentado un escrito ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, dentro de la causa nro. 832-2011-Dr. W.Z., en el cual han señalado textualmente que “al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes, cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda, nos amenazó diciéndonos que si no accedíamos a la venta del terreno, en la manera que ellos pretendían, los juicios que nos plantearían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...” Por su parte los querrelados han contestado la mismo en el sentido que no existe ningún acto injurioso con el que se pretenda dañar la honra y la imagen profesional, a más de ser estos hechos ciertos y que fueron expresados por el querellante en una reunión que se ha llevado a efecto el martes 07 de junio a eso de las 10h00, en las oficinas de la Inmobiliaria “La Coruña”, que esta respuesta se ha efectuado dentro de un proceso judicial y que de conformidad con el art. 500 del Código de Procedimiento Penal, son hechos en fuerza de la defensa de la causa, por lo que no da lugar a la iniciación de ninguna acción. Iniciando el debate: el querellante ha manifestado ser un hombre libre de buenas costumbres, indicando que con el delito cometido se le ha imputado falta de moralidad cuyas consecuencias perjudican su fama como abogado; indicando además que el art. 500 del Código Penal señala que no darán lugar a la acción de injurias, los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales; y, en el tercer inciso del mismo artículo señala que las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente; que él no es parte procesal, que es mandatario y sin embargo, lo han demandado reconventionalmente por una cantidad millonaria, cuando él no ha demandado, que esto no es defensa de ninguna causa. Ha solicitado que su querrela sea acogida en contra de los querrelados. Réplica: por su parte los querrelados a través de su defensor han manifestado que con la declaración rendida por su testigo señor Jorge Zaldumbide Cobeña, se ha ratificado lo expresado en el escrito presentado al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha; que el querrelado es quien debe demostrar y justificar la verdad de su acusación; pero, los testigos han dejado en claro que el Dr. Muñoz en la reunión de fecha 07 de junio del 2011, en las oficinas de la Inmobiliaria “La Coruña”, ha amenazado con la iniciación de varios juicios y esto en la práctica se ha llevado a cabo. No obstante el escrito donde se dice constan las supuestas inju-

rias no ha sido devuelto por el Juez, quien estaba obligado de oficio o a petición de parte a rechazar y devolver este tipo de peticiones, con lo que justifica que no hubo el ánimo de causar daño o atentar a la moral del supuesto ofendido, pues, lo que hizo es informar al Juez de los hechos acaecidos en dicha reunión y en la que participó el querellante. Para ello, debe tomarse en cuenta lo previsto en el art. 500 del Código Penal; solicita se deseche la querrela por falta de prueba y se declare la acusación de maliciosa y temeraria. Sentencia: con fecha 27 de junio del 2012 a las 09h16, la Jueza Segunda de Garantías Penales de Pichincha, emite sentencia en la que absuelve de los hechos a los acusados Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo y así mismo ha indicado que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria. Inconformes con tal resolución, tanto el querellante Jorge Eduardo Muñoz Romann cuanto los querrelados Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo han interpuesto recurso de apelación, el mismo que es objeto del presente análisis. **QUINTO.** Dentro de la etapa probatoria, el querellante, ha presentado la siguiente PRUEBA DOCUMENTAL: Copia certificada del escrito presentado al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha (fs. 23 a 26); y, por su parte, los querrelados han presentado el siguiente: Informe Pericial de los correos electrónicos enviados y recibidos durante el mes de mayo del 2011, de los usuarios gmiranda@panamericanlife.com y aarias@sigmaplast.com (fs. 35 a 68); en lo que respecta a la Prueba Testimonial, tenemos los testimonios de: Jorge Eduardo Zaldumbide Cobeña, quien en lo principal ha manifestado que trabaja para la inmobiliaria “La Coruña”, en la zona de Cumbayá y como tal actúa como gestor o mediador en la compra de propiedades; es así como ha actuado en la compraventa del lote de terreno en los Huertos Familiares el Aromito; que efectivamente ha convocado a las partes tanto compradores como vendedores a fin de llegar a un acuerdo en la compraventa; que a dicha reunión ha concurrido la Dra. Alexandra Arias, la señora Rommy Miranda acompañada de su esposo el cual no recuerda el nombre y de su abogado el señor Jorge Muñoz y el Dr. Diego Portilla; que en la reunión no se ha llegado a ningún acuerdo en la compraventa del lote; la señora Miranda a través de su representante han solicitado a la Dra. Arias conversar con el propietario del lote y conseguir se logre la compraventa del mismo o se devuelva los valores pagados al Municipio por transferencia de dominio; fue una reunión acalorada la Dra. Arias ha indicado que lo que podía era devolver los valores recibidos por la transferencia de dominio, para lo cual ha solicitado se inicie los trámites dentro del Municipio, la señora Rommy Miranda a través de su defensor Jorge Muñoz, han solicitado se devuelvan los valores transferidos al Municipio más una indemnización que pidió sea valorada por los vendedores; no se ha llegado a ningún acuerdo en esta reunión; que dentro de la intervención del Abg. Jorge Muñoz se ha planteado la posibilidad de iniciar unos juicios; y no recuerda sobre que los juicios

iban a costar más que el terreno. Que en la reunión los señores que intentaban la compra, han solicitado a la Dra. Arias una apertura para mantener una reunión con el señor Yousef Khamis, sin embargo, no dio la apertura para la reunión; que el Dr. Diego Portilla ha indicado que iba o intentaría conversar con uno de los señores Khamis; para lograr se llegue a un acuerdo entre las partes. **SEXTO.** Con relación a la infracción acusada el Código Penal ubica a este delito en el Libro II del Título VII, DE LOS DELITOS CONTRA LA HONRA, Capítulo Único. De la Injuria, art. 489, donde se determina que: “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, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”. El bien protegido es la honra, que es un equivalente de la dignidad humana, inherente a todos. En el mismo cuerpo legal consta el art. 491 que dice: “el reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieran sido hechas: en reuniones o lugares públicos; en presencia de diez o más individuos; por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas contándose entre éstos las cartas”. En tanto que el art. 495 señala: “el reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el art. 491, será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América; y en las circunstancias del art. 492, con prisión de quince a tres meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.” Por su parte, el art. 500 *ibidem* establece: “No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio. Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; aperebrir a los abogados o a las partes, y aún imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior”. Con el fin de establecer si la conducta del querellado en las expresiones consideradas injuriosas se adecua al tipo penal con el que se le acusa, es necesario hacer algunas puntualizaciones para ello debemos recordar que la naturaleza jurídica del delito de injuria, obliga a determinar si se produce daño o peligro, la injuria existe aun cuando el hecho no haya causado daño o peligro de daño al ofendido, además, es necesario que se ejecute la acción con “animus injuriandi”, es

decir con conciencia y voluntad de deshonrar y desacreditar, no se requiere la de perjudicar aunque normalmente la comporta, pero esta exigencia que es tradicional, ha sido moderadamente superada. En el presente caso, se evidencia que las expresiones constante del escrito de reconvencción que fuere presentado el 18 de octubre del 2011 a la 09h27, ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, dentro de la causa nro. 832-2011-Dr. W.Z., textualmente establecen: “...al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que si no accedíamos a la venta del terreno en la manera que ellos pretendían hacerlo, los juicios que nos plantearían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno...”, las mismas que han sido consideradas injurias no calumniosas graves, han sido proferidas en medio de una contienda legal; como se ha dicho, para que existan injurias, debe haber ánimo de injurias, y, el animus injuriandi en sentido amplio se lo concibe como la voluntad de ofender la integridad moral de otro, pero éste debe ser suficiente para inferir daño, la injuria no depende tanto de las palabras en su sentido natural, sino más bien de la ocasión y de la intención con las que se profieran, las palabras dependen de la intención con que el sujeto agente las expresa; en el presente caso, el hecho acusado tiene como antecedente el juicio nro. 832-2011-Dr. Wilmer Zambrano del Juzgado Sexto de lo Civil; que de conformidad con la atipicidad de la injuria contemplada en el artículo 500 del Código Penal, las injurias producidas por los litigantes, en los escritos o discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, hechos en fuerza de la defensa de la causa, no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes, así lo establece el mismo artículo, cuando los escritos que contengan injurias de cualquier especie, de oficio o a petición de parte serán devueltos y a los abogados se les podrá imponer una multa pecuniaria, aplicando las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial (actualmente Código Orgánico de la Función Judicial). Al respecto, Edgardo Alberto Donna explica claramente sobre el tema cuando dice en su libro derecho penal, parte especial págs. 484 y 485 que: “las injurias proferidas entre las partes en litigio durante el juicio y en relación directa con lo que se debate quedan sometidas al derecho disciplinario. La excusa solo se refiere a las injurias cualquiera que sea su clase; la calumnia queda excluida debido a su interés social, aunque la limitación ha sido criticada”. De lo que se infiere que la conducta de los querellados no se subsume en el tipo penal acusado. En cuanto a la alegación formulada por los querellados, de que se califique la querrela de maliciosa y temeraria, la Sala estima que no se la declara en la forma que solicita, por cuanto no existe de modo alguno la imprudencia, la ligereza del querellante al acusar un delito sin tener mayor conocimiento; además, no se evidencia la perversidad o la mala intención para buscar en beneficio personal expensa ajena, a lo que equivale al dolo. Del análisis exhaustivo del expediente, a la luz de las normas legales y de la doctrina expuesta, la Sala,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima el recurso de apelación propuesto tanto por el querellante Jorge Eduardo Muñoz Romann cuanto por los querellados Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Javier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo. La querrela no se la declara temeraria ni maliciosa. Consecuentemente, se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado, ratificando el estado de inocencia de los querrellados. Para cumplir con lo ordenado con los artículos 82 y 172, inciso segundo de la Constitución de la República, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que el secretario relator de esta Sala una vez ejecutoriado esta sentencia devuelva el expediente al juzgado de origen para los fines legales consiguientes. Actúa el Dr. Eduardo Ribadeneira Narváez como Secretario Relator Encargado. **Notifíquese.**

f) **Dr. Jorge Cadena Chávez, Juez Presidente; Dr. Fernando Real Ortiz, Juez Encargado; Dr. Rómulo Pallo Quisilema, Juez Encargado.**

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Ximena Vintimilla Moscoso.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, 28 de mayo del 2013. Las 08h30.

VISTOS: JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN, ha interpuesto recurso de casación a la sentencia dictada el 23 de agosto del 2012, las 17h00, por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que a su vez, desestima el recurso de apelación propuesto por Jorge Eduardo Muñoz Romann, así como por Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Xavier Peralto Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo, no siendo la querrela materia del proceso penal declarada como maliciosa ni temeraria. Todo ello en torno a una querrela que por injurias presentara el ahora recurrente contra el resto de prenombrados por ser supuestamente responsables de injuria no calumniosa grave. Interpuesto el recurso de casación y radicada la competencia en la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento los miembros del Tribunal integrado por la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dra. Lucy Blacio Pereira y Dr. Johnny Ayluardo Salcedo Juezas y Juez Nacional, por sorteo correspondiente actúa como Jueza Ponente la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, de conformidad con el art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. Aceptado a trámite el recurso y habiéndose cumplido en fecha 31 de enero del 2013, las 11h30, con la audiencia oral, pública y contradictoria de conformidad a lo establecido en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, diligencia a la que comparecieron e hicieron sus fundamentaciones y alegaciones por una parte Jorge Eduardo Muñoz Romann, por otra en representación de

Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Xavier Peralto Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo el Dr. Octavio Guadalupe Peñafiel. Al encontrarnos en estado de resolver, de conformidad con el **art. 358 del Código de Procedimiento Penal**, se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Este Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el presente recurso de casación de conformidad al art. 184 numeral 1 y art. 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República del Ecuador y arts. 183, 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y art. 349 del Código de Procedimiento Penal. No se ha impugnado la competencia a ninguna de las juezas que integran el presente Tribunal de Casación. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.** Una vez revisado el presente recurso de casación no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establece el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara su validez. **TERCERO. ALEGACIONES DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en relación al art. 345 ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria en fecha, **14 de noviembre del 2012, las 15h20**, en la diligencia los concurrentes manifestaron: **a).- POR EL RECURRENTE JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN.** El recurrente expresó: *"...señoras Juezas y señor Juez Nacional, antes de fundamentar el recurso por violación de ley del art. 500 del Código Penal, por indebida aplicación de este artículo, para reseñar la indebida aplicación que se da, brevemente voy a señalar en que consistió el delito perseguido en el proceso. Este proceso es por injurias no calumniosas graves, dirigidas contra mi persona, por escrito, ante un juzgado en el cual yo no era parte, era abogado de los actores, sin perjuicio de ello, en el escrito mencionado se me trata de que he amenazado a los demandados de esa causa, que he chantajeado, lo cual aparte de no ser verdad, mancillar mi honor y no podía tomarse una defensa de la causa, por cuanto el hecho de que el abogado no tenga honor, no afecta a lo que pueda resolver el juez en definitiva. Eso a groso modo es el escrito que se presenta y a contrario censo en este proceso, el abogado de los demandados también me injuria, señala que busco engañar a la justicia con fines protervos. En este caso yo pedí la devolución del escrito por estas injurias, lo que se me negó sin mayor fundamento, pero en este caso, sí, al ser yo parte, tener interés directo, sí encuentra en la eximente de responsabilidad del art. 500, no así, en la causa civil que es por una indemnización daños y perjuicios, donde yo no soy parte y sin embargo, si llega a demandarme reconventionalmente como persona natural, no como representante de los demandantes, sino a mi directamente, siendo que yo no los había demandado, o sea, sin perjuicio de la improcedencia de esta reconvencción, deja claro el ánimo injuriandi del escrito, buscan dañarme a mí en mi honra y no a defender la causa, que es lo que exige la eximente. Como lo*

indicaba, ahora voy a pasar a analizar puntos de la sentencia donde queda establecida la mala aplicación del art. 500 del Código Penal, que es el fundamento de este recurso. En la sentencia se aplica este eximente sin tomar en consideración el fundamento básico de ella que es que las imputaciones injuriosas sean hechas en la fuerza de la defensa de la causa, señala el mismo artículo en el inciso final que las imputaciones extrañas a la causa, dan lugar a la acción correspondiente, injurias. Señala en la parte resolutive la sentencia, “de lo que se infiere que la conducta de los querellados, no se subsume en el tipo penal acusado”, esta frase se contradice con otra parte resolutive de la misma sentencia, que reconoce que sí se da el tipo penal, estamos hablando que la querrela es presentada por injurias calumniosas graves, tipificadas en los artículos 489 y 490 número 1 del Código Penal, no en el artículo 500 que es una eximente (**sic**) que no se cuadra con lo expuesto. En lo señalado, refiriéndose en las imputaciones en mi contra, señala “las mismas que han sido consideradas, injurias no calumniosas graves”, o sea que dentro de la misma parte resolutive, se señala que efectivamente se encuadra con el tipo penal de las injurias, siendo que dice que la conducta de los querellados no se subsume en el tipo penal, o sea están diciendo lo contrario en el mismo fundamento de la sentencia. Con esto, no dejan claro cuál es la aplicación que están haciendo del artículo 500. A continuación señala la sentencia que estos han sido proferidos en medio de una contienda legal y el art. 500 del Código Penal señala expresamente que no dará lugar a la acción de injurias los discursos pronunciados ante los Jueces o Tribunales, cuando las imputaciones se hayan hecho en fuerza de la defensa de la causa, como si se pone en tachas a los testigos del adversario y se prueban para enervar el valor de su testimonio. Sin embargo, los Jueces podrán ya sea de oficio o solicitud de parte, mandar a que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie a percibir a los abogados o a las partes e imponerles multa de hasta los dieciséis dólares de los Estados Unidos de América. Aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. El inciso final señala las imputaciones extrañas dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que habla el inciso anterior. El artículo es claro que no basta con estar en un proceso para que opere la eximente. Se requiere que las imputaciones contra la honra sean en defensa de la causa, sino se da ésta defensa de la causa, no opera la eximente y sí encuadra en el tipo de la injuria no calumniosa grave. Señala la sentencia, como se ha dicho, para que existan las injurias debe haber ánimo de injurias en sentido amplio, se lo concibe como la voluntad de ofender la integridad moral de otros, pero este debe ser suficiente para inferir daño. Al respecto, acá hay un error de parte del sentenciador porque el delito de injurias es un delito formal, no material y basta con que se encuadre en el tipo, no es necesario causar daño basta con que yo emita la injuria con el ánimo de irrogar esta injuria, con el saber que estoy ofendiendo, para que se encuadre con el tipo penal y se sancione, no es que deba inferir daño para que pueda operar la injuria. Siguiendo con la misma, dice que la injuria no depende tanto de las palabras en su sentido natural, sino más bien de la ocasión y de la intención con que se profera, las pala-

bras dependen de la intención con las que el sujeto agente las expresa, en el presente caso el hecho acusado tiene como antecedente el juicio 832-2011, del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, que de conformidad con la atipicidad de la injuria contemplada en el art. 500 del Código Penal, acá tampoco está clara la sentencia, por cuanto no es que sea atipicidad lo del artículo 500, sino que habla de una eximente de responsabilidad. En el delito sí, tenemos la acción típica, antijurídica y culpable sancionada con una pena, está claramente establecida, en la sentencia lo que hacen es operar un eximente que no cuadra con lo realmente señalado, acá se aplica el art. 500 como un eximente, sin que cuadre con lo que señala la eximente, por lo tanto no se podía aplicar y si encuadraba en el tipo de la injuria no calumniosa grave. Bueno, todo lo expresado solicito que en sentencia se reemplace, se case la sentencia de segunda instancia toda vez que aplica indebidamente el artículo 500, inciso primero, aplicando una eximente que no encuadra con lo actuado en el proceso. Esta eximente es de aplicación restringida, por cuanto el derecho a la honra, está garantizado por la Constitución, por Tratados Internacionales y es de resguardo del ordenamiento legal de Derechos Humanos, para que no opere esta ofensa a la honra, se requiere que opere la eximente, pero esta eximente debe cuadrar perfectamente con el tipo, de lo contrario, estaríamos afectando la honra gratuitamente de una persona y estaríamos atentando a principios constitucionales e incluso de derechos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Civiles del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, por los cuales garantizan el Derecho a la Honra. Con todo lo anterior, solicito que se case la sentencia y en su reemplazo, se acoja la querrela presentada en todas sus partes, es mi palabra.” (Juicio nro. 1081-12, fojas 6 a 7 vta., Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). **b). POR YOUSEF KHAMIS EL ALLAM, RICARDO KHAMIS ZAIDAN, PABLO XAVIER PERALTA CHIRIBOGA y ALEXANDRA ARIAS LUZARDO.** El Dr. Octavio Guadalupe Peñafiel, en representación de Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Xavier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo, manifestó: “...señoras Juezas y señor Juez, Dr. Muñoz, la sentencia atacada es la emanada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, dicha sentencia reúne todos los requisitos establecidos en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, en consecuencia, lo manifestado por el abogado Muñoz no tiene fundamento porque el Tribunal que emitió sentencia en base a las pruebas realizadas ante el Juez inferior y el querellante no tuvo las pruebas suficientes para justificar la injuria, los Jueces de primer y segundo nivel, no desestimaron esta querrela porque existía el art. 500, ese fue un aditivo al fundamento de la sentencia, el querellante, dedujo esta acción diciendo que se le había ofendido su honra y en aplicación al art. 491 numeral 1, pidió sanción en contra de los querellados, pero para ser muy corto en mi exposición pero muy preciso, tengo en mis manos y consta del proceso, el documento de la audiencia final, consta del proceso a fojas 72 y 73, y uno de los testigos presentados por el querellante, el señor Eduardo Zaldumbide, manifiesta a la pregunta 5.

¿Indique si en la intervención del abogado Jorge Muñoz éste manifestó que nos plantearía los juicios que sean y que los mismos iban a costar más de lo que vale el terreno?, respuesta, sí, se planteó la posibilidad de unos juicios, pero esto no queda ahí, traicionándole el subconsciente, el abogado Muñoz, al momento de hacer su exposición final, manifiesta textualmente, consta a foja 74, “por último, nunca amenacé a los querellados respecto de las demandas, les avisé, o sea que cambia de término, les avisé que iba a iniciar procesos por incumplimiento del hecho dañoso, causado con éste a mis representados” es decir, haber transcrito lo que manifestó el querellante, en una reunión, donde se estaba realizando un análisis a una contratación de un terreno, ofendido el hombre, al final porque no tuvo éxito en la reunión, manifestó lo que ahora él cree que es injuria, textualmente lo manifestado por él se transmite a través de un proceso como medio de defensa, ahí entra lo invocado por los jueces y por nosotros como defensa, el art. 500 del Código Penal, en consecuencia, pues no habiendo mérito para que se acepte el recurso de casación y más todavía cuando éste no ha sido debidamente fundamentado y las sentencias emitidas por los Jueces de primera y segunda instancia, han reunido los requisitos del art. 309 del Código de Procedimiento Penal, luego se digna en desechar la misma y ordenar la devolución del proceso al inferior, Gracias” (Juicio nro. 1081-12, fojas 7 vta. a 8, Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia) c). **RÉPLICA.** Haciendo uso de la réplica el Dr. Jorge Muñoz Romann, indicó: “...haciendo uso de mi derecho a réplica, insisto que nunca he amenazado, nunca he chantajeado, que es lo que se me imputa dentro del proceso civil en el cual yo no era parte, sino abogado de una de las partes. No puede haber defensa de una causa señalando que el abogado es chantajista, que les amenaza, eso de qué manera puede influir en un Juez para que determine en sentencia, no puedo defender la causa señalando que el abogado ha dicho o no ha dicho cosas personales. La supuesta amenaza que nunca se acreditó era parte de una reunión extrajudicial, estábamos fuera de un proceso donde buscábamos una solución y en vista que no había esto solución, dije exactamente que voy a demandar por no querer cumplir con lo pactado, eso no es chantaje ni amenaza, es mi palabra” (Juicio nro. 1081-12, fojas 8, Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). El Dr. Octavio Guadalupe Peñafiel, haciendo uso de la contraréplica, expresó: “...amenacé, avisé, pues que se iban a avisar tantos juicios fueren necesarios para defender los derechos de sus representados, pregunto, ¿eso no es coacción?, él debía haber iniciado los juicios que le correspondían y listo, pero el Diccionario Jurídico al hablar de chantaje dice que el chantaje es amenaza, boicot, intimidación, eso estaba haciendo el doctor, intimidar con la iniciación de varios juicios que en efecto inició cinco o seis. Uno por estafa que fue pues desechado, dos por daño moral, tres

por daño moral también, donde el doctor Muñoz se siente ofendido y nada más que reclama la cantidad de un millón de dólares como indemnización, está en juego el honor de las personas, o pretenden enriquecerse a través de este medio y sin hacer esfuerzo para sacar réditos económicos, eso ha sido rechazado, impugnado y lo impulsamos al Dr. Muñoz a continuar estas causas civiles especialmente la del daño moral, porque aquí se está haciendo dos causas, una la de injurias y bien si hubiese existido una sentencia favorable en la de injurias, le daba paso para requerir la indemnización, pero no, el hace por las dos vías, por lo civil y lo penal, esperemos a ver el resultado de lo penal y lo civil, si es que no me resulta en lo uno me va a resultar en la otra, espero que reflexione el abogado Muñoz, el ejercicio de la profesión de abogado, exige ser tolerante, respetuoso con sus adversarios, pero también hay que saber hacer las cosas y decir en el momento oportuno, sin pretender caer en la coacción, en el amedrentamiento, porque así no se consiguen los cosas, gracias”. (Juicio nro. 1081-12, fojas 8, Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). **CUARTO. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. a).- ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. 1.** Del texto del art. 349 del Código de Procedimiento Penal,¹ entendemos que la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial en la que se hubiere violado la Ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por haber realizado una indebida aplicación de ella; o por haberla interpretado de forma errónea. Manda también que no serán procedentes los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba, hecho ya determinado por el Tribunal de Primera Instancia y sobre lo cual la institución de la casación no tiene potestad alguna. El maestro Fernando **De la Rúa** define al recurso de casación como “Un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio”². Claus **Roxin** dice sobre este recurso lo siguiente “la casación es un recurso limitado y permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”³. Lino Enrique **Palacio** enseña que: “La vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde, por lo tanto, a la apreciación del tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a

¹ Art. 349.- Causales. 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.

² DE LA RÚA, Fernando. “La Casación Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

³ ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal” Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires 2003.

una prueba que a otra”.⁴ Por su parte, **Torres Romero y Puyana Mutis** lo conceptúan como una “*Acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior, cuando contiene errores in iudicando⁵ o in procedendo⁶; acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia y que solo procede por motivos taxativamente señalados en la ley procedimental*”⁷ **Jorge Zavala Baquerizo** en su Tratado de Derecho Procesal Penal conceptúa que: “*La casación es un recurso ordinario, especial, que tiene por finalidades lograr el imperio de la ley, la uniformidad de la jurisprudencia y la rectificación de un agravio inferido a cualesquiera de las partes procesales; y, por objeto, una sentencia definitiva dictada en la generalidad de los procesos penales y en la cual se ha violado la ley*”⁸. De lo anotado podemos colegir que la casación es un recurso destinado a una corrección lógico-jurídica de los fallos definitivos emitidos por los Tribunales de Justicia del país, específicamente, a corregir los errores de aplicación de la ley, del procedimiento o contradicciones internas o externas de dichos actos normativos, llamados errores in iudicando o in procedendo. No se puede considerar a este recurso como una nueva instancia, una instancia adicional o una tercera instancia, ni como una facultad ilimitada para revisar nuevamente todo el proceso, tampoco puede considerarse a este recurso como una etapa en donde se hará un nuevo análisis de los hechos ni una nueva valoración de las pruebas, pues estas acciones son determinadas por los Tribunales A quo. Corresponde a la institución de la casación realizar una valoración de lo motivado, de lo valorado por el Tribunal A quo, con el fin de establecer el estricto apego a la Constitución y a la ley por parte de los juzgadores al momento de emitir sus sentencias. Una vez interpuesto el recurso de casación, ya en la audiencia oral, pública y contradictoria, conforme lo señala nuestro Procedimiento Penal, el censor está obligado a señalar con precisión los errores de la sentencia que violan la ley, ya sean in iudicando o in procedendo; es decir, atacar la sentencia en su forma jurídica sustancial, procesal y probatoria. Corresponde al Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional fallar conforme al fundamento expuesto por el recurrente, hecho, insistimos, con absoluta precisión en relación a determinar con exactitud el error del juzgador de instancia inferior y su influencia en la emisión de la sentencia. De no ser el caso se declarará improcedente el recurso interpuesto, quedando para los jueces nacionales la posibilidad de casar la

sentencia del Tribunal A quo, oficio, de encontrar oficiosamente violaciones a la ley producto del error del que trata el art. 349 del Código Adjetivo Penal. **3.** Germán **Pabón Gómez** nos enseña al respecto del recurso de casación penal lo siguiente: “*En un sistema de penal constitucionalizado la casación penal se debe concebir como un amparo constitucional, convencional y legal de las sentencias de segunda instancia en relación con lo debido sustancial, debido procesal y debido probatorio, postulados que reclaman realidad por encima de lo técnico formal de la impugnación singular que se trate*”⁹. El mentado tratadista alimenta más la idea con lo siguiente, al hablar de la casación penal indica que en ella “*se involucran... principios constitucionales... principios rectores de la ley penal, principios generales (rectores) del proceso... principios generales de las pruebas... dentro de un ejercicio vocacional de civilitud y democracia, y límites que no son, ni pueden ser saltables, ni sobrepasables, y en ello radica justamente la concepción, internalización y ejercicio cotidiano de una judicatura social y de derecho, en la que se inserta la sede extraordinaria de casación*”¹⁰. **Fernando De la Rúa**¹¹ puntualiza que: “*El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de la igualdad ante la ley..., y de... preservar la observación de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no solo previo sino también legal*”. Podemos afirmar que la finalidad del recurso extraordinario de casación es conseguir el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por el Ecuador. En este sentido el recurso de casación tendrá por fin el velar por el Debido Proceso, por el mantenimiento del orden jurídico penal a través de la uniforme aplicación de la Constitución y la Ley, por la uniformidad jurisprudencial que expresa el principio de igualdad; por la seguridad jurídica contra el arbitrio del poder punitivo del Estado y a la rectificación del agravio producido a una de las partes procesales. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El **art. 424** de la Carta Magna, señala en su segundo inciso que: “*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.*” De lo dicho encontramos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, expresas referencias al Derecho Penal y

⁴ PALACIO Lino Enrique, “Los Recursos en el Proceso Penal” Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2001.

⁵ Error in iudicando, es el llamado error de juicio, está constituido por los defectos o errores en la decisión que adopta el Juez, esto es, se produce un vicio en la aplicación de la ley material o sustantiva o de fondo al momento de resolver el conflicto materia del proceso.

⁶ Error in procedendo, es el llamado error de actividad, está constituido por los defectos o errores en el procedimiento, en la aplicación de las reglas formales o de procedimiento que afecta el trámite del proceso o a los actos procesales que lo componen.

⁷ TORRES R. Jorge E. y PUYANA M., Guillermo; “Manual del recurso de casación en materia penal” Ed. Proditécnicas, 2da Edición, Medellín, 1989.

⁸ ZABALA BAQUERIZO, Jorge “TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL” Ed. EDINO, T. X. Guayaquil, 2007.

⁹ PABON GÓMEZ, Germán, “De la casación Penal en el sistema acusatorio”. Ed. Ibañez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.

¹⁰ PABON GÓMEZ, Germán; “De la Casación y la Revisión Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Ed. Ediciones y Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 1999.

¹¹ DE LA RÚA, Fernando; “La Casación Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

Procesal Penal, siendo ello un aporte significativo contra la arbitrariedad de los gobiernos y los tribunales de justicia nacionales. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscrita en la Conferencia Interamericana especializada sobre DD.HH., conocida como Pacto de San José de Costa Rica, es fuente principal en materia de protección de los derechos fundamentales y en ella se pueden encontrar numerosos principios y garantías, mismos que son recogidos por nuestra Constitución y por ende deben cristalizarse también en nuestra normativa Penal, y como es obvio a su vez se ligan a la finalidad del recurso de casación; entre estos principios tenemos: *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Los Estados Partes se comprometen: a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.* Además de los enunciados encontramos en la Constitución de la República en sus artículos 66, 75, 76, 77, 82, 167, entre otros, normas y principios fundamentales que deben ser observados por los jueces nacionales de forma obligatoria al momento de estudiar el fundamento del recurrente y al motivar su fallo en materia de casación penal. Estos principios son entre muchos otros y conforme al caso concreto, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la libertad de expresión, a la igualdad ante la ley, a la libre asociación, principio de inocencia, el indubio pro reo, el non bis in idem, no reformatio in peius proporcionalidad, la motivación de las resoluciones, etc. Hemos dicho que la casación penal es una institución efectiva de control constitucional, no como una necesidad sino como una obligación; obligación que nace de nuestra **Constitución**, al respecto del **art. 11** manda que *"el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de 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. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia"*. En relación a ello la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manda que: **"Art. 4. Principios procesales. La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 2. Aplicación directa de la Constitución. Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se-**

rán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Art. 142. "Procedimiento. Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier juezas o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma..." Como vemos la casación penal permite ejercer un riguroso control de constitucionalidad de las sentencias del Tribunal A quo, pues en un Estado constitucional, de derechos y justicia, como el nuestro, la supremacía de los derechos fundamentales, en particular, y de las normas constitucionales, en general, son prioritarias para precautelar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Podemos decir además que la casación, así como su correcta aplicación en el campo Penal es uno más de los medios para la realización de la Justicia, observando para ello de forma obligatoria todos los principios consagrados en los tratados internacionales y recogidos por nuestra Constitución en relación a derechos fundamentales. Corresponde a la administración de Justicia en este momento procesal de Corte Nacional, un actuar independiente, imparcial, racional ceñido de forma estricta a nuestra Carta Magna para así emitir resoluciones debidamente motivadas, luego de que, en materia de casación en el ámbito penal, se haya fundamentado de forma precisa el recurso y se haya podido determinar con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada. De ser procedente el recurso interpuesto o de ex officio se corregirá el error, rectificando el agravio inferido, logrando así el imperio de los principios fundamentales universalmente consagrados y plasmados en la Constitución de la República. **b).- SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN.** En la audiencia oral pública y contradictoria el recurrente **JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN**, fundamenta su recurso conforme a la presunta violación a la ley por una indebida aplicación del art. 500 del Código Penal, artículo que dice: *"No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio. Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; aperebir a los abogados o a las partes, y aún imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las*

imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior". En la especie, del contenido de la sentencia recurrida encontramos que la causa penal tiene como antecedente una querrela presentada por Jorge Eduardo Muñoz Romann en contra de Yousef Khamis El Allam, Ricardo Khamis Zaidan, Pablo Xavier Peralta Chiriboga y Alexandra Arias Luzardo, por cuanto con ocasión de un proceso por daños y perjuicios seguido en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, nro. 823-2011-Dr. W.Z., en el que el ahora recurrente aparece como abogado, a quienes acusa habrían introducido un escrito de reconvencción en fecha 18 de octubre del 2011, a las 09h27, y en ese documento textualmente han señalado que: "...al no haber accedido fui objeto de amenazas y chantajes cuando el abogado Jorge Eduardo Muñoz Romann, patrocinador de esta infundada demanda nos amenazó diciéndonos que si no accedíamos a la venta del terreno en la manera que ellos pretendían hacerlo, los juicios que nos plantearían nos iban a costar diez veces más de lo que vale el terreno" expresiones que Muñoz Romann ha considerado injuria no calumniosa grave, conforme a lo dispuesto en el art. 489 y 490 del Código Penal. Frente a ello la Sala de Garantías Penales de Pichincha al momento de emitir su fallo, determina que las expresiones contenidas en el escrito materia de la litis, han sido proferidas en medio de una contienda legal, y por ende se aplica la eximente determinada en el art. 500 del Código Penal ya transcrito, esta circunstancia el recurrente considera equivocada. La injuria consiste objetivamente en el ánimo deliberado de ofender y para que se configure el delito, esa conducta requiere tres elementos: primero, el objetivo material que consisten en la acción proferida; segundo, el ánimo de injuriar, requisito de orden subjetivo; y, el tercero, la valoración determinante del alcance, naturaleza y magnitud de la ofensa. En el caso que nos ocupa ocurre que objetiva y etimológicamente las expresiones vertidas en el escrito introducido en el proceso que se sigue en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha pueden aparecer como injuriosas; mas, no existen circunstancias que determinen que tales términos hayan sido pronunciados con la intención de lesionar al honor del recurrente, no se puede considerar que existe el *animus injuriandi*, las expresiones no fueron inferidas con el propósito evidente de injuriar, han sido proferidas en medio de una contienda legal, de la cual el recurrente actuó como abogado patrocinador de una de las partes. Más aún resulta evidente que la eximente del art. 500 del Código Penal se activa en el momento en que, como indicamos, las expresiones proferidas forman parte de un escrito introducido en un proceso judicial dados en fuerza de la defensa de la causa, como es el caso. Era obligación del recurrente al momento de fundamentar su recurso de casación en audiencia oral, pública y contradictoria, establecer **de forma exhaustiva, con claridad y precisión las normas jurídicas que creía que han sido vulneradas y demostrar cómo este error ha influido en la sentencia emitida por la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. No es suficiente un**

análisis del tipo penal de la norma supuestamente violada, en el caso concreto los art. 500 del Código Penal, **sino debió fundamentar el hecho de cómo los juzgadores ya sea por contravenir expresamente el texto, por interpretar o aplicar erróneamente los artículos invocados han provocado un fallo que a todas luces violenta la Ley**, situación que no observamos en el presente caso. Este Tribunal de Casación no encuentra en la sentencia recurrida contravención alguna contra las normas y principios fundamentales plasmados en la Constitución de la República. Por las consideraciones antes expuestas, este Tribunal de Casación 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**, al tenor de lo dispuesto en los arts. 349 y 358 del **Código de Procedimiento Penal**, declara **improcedente** el recurso de casación presentado por **JORGE EDUARDO MUÑOZ ROMANN**; cuyos generales de Ley obran de autos. Devuélvase el proceso a la jurisdicción de origen para los fines legales pertinentes. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada de la Sala con acción de personal nro. 2692-DNP-MY de fecha 23 de julio del 2012. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) **Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional; Dra. Lucy Blacio Pereira, Juez Nacional y Dr. Johnny Aylluardo Salcedo, Juez Nacional.**

— — — — —
V

Juicio nro. 236-11
Resolución nro. 682-2013

Juicio penal en contra del señor Luis Humberto Vargas Obando por violación.

SÍNTESIS:

Se acusa a Luis Humberto Vargas Obando de haber violado al niño NN mientras dormía en su cama la noche del 25 de diciembre del año 2009. El encausado ha dormido en la habitación del niño en varias ocasiones por lo que es el primer sospechoso. Del examen médico legal del 26 de diciembre del 2009, se desprende que en el área extra genital el niño no existían lesiones más en la región anal se encontraron cicatrices de laceraciones antiguas, se evidenció la presencia de una lesión y de una cicatriz que pudo ser producida por un objeto vulnerante, por ejemplo un objeto cilíndrico como un palo que encaje en la región anal, puede ser también el pene, ese fue el testimonio del médico legista, más los testimonios de los demás testigos como el de la madre del menor y el de la doctora Natacha Villacreces que le hizo la prueba lúdica

al menor y pruebas materiales que en unidad formaron el acervo, probatorio fueron el fundamento con el que el Tribunal A-Quo llegó a la conclusión de que el encausado era responsable del delito de violación, por lo que se lo condenó a veinte años de reclusión mayor especial. El condenado interpone el recurso de revisión pues considera que existe un error de hecho en la sentencia. Que existe duda respecto al autor del ilícito pues no hay certeza de su participación en el cometimiento del delito y fundamenta su recurso de revisión de conformidad a las causales establecidas en los numerales 3 y 4 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. La nueva prueba aportada por el recurrente constituye el testimonio de la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez, quien fue la primera profesional que trató al niño NN, se verifica que trabajó en base de técnicas lúdicas y como resultado de ello se puede determinar que el niño hace referencia a Noel y Caluca, como los posibles atacantes pero no se puede presumir que uno de ellos sea Luis Humberto Vargas Obando, sin embargo la Dra. Natacha Villacreces quien trató con posterioridad al niño y a pesar de haber realizado las mismas técnicas lúdicas sacó otras conclusiones que sirvieron de fundamento del Tribunal A-Quo. Ya que los delitos sexuales son clandestinos y la existencia de prueba directa es poco probable, los vestigios y elementos de convicción que se puedan tomar tanto de la escena del delito como de la víctima, deben ser analizados en detalle por lo tanto el examen realizado por la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez en la víctima constituye nueva prueba, y sus conclusiones son determinantes y en ellas no se encuentra indicio alguno que conduzca la participación de Vargas por lo que este Tribunal de la Sala Especializada por unanimidad, de conformidad con el art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal se procede a revisar la sentencia del Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, debido a que se ha comprobado la materialidad de la infracción, pero no su responsabilidad, por lo tanto se revoca la sentencia recurrida y se ratifica la inocencia, se ordena su inmediata libertad y la reparación integral de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República.

PRIMERA INSTANCIA

OCTAVO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 22 de febrero del 2011. Las 10h00.

VISTOS: Constituido el Tribunal en audiencia de juicio para conocer y resolver la situación jurídica de **LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO**, en contra de quien el Juez Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, con fundamento en el artículo doscientos treinta y dos (art. 232) del Código de Procedimiento Penal y luego de la audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal ha dictado Auto de Llamamiento a juicio por considerarlo presunto autor del

delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numerales uno (1), quinientos trece (513) del Código Penal, auto que una vez ejecutoriado se ha remitido el proceso a la Sala de Sorteos del Distrito de Pichincha para que se radique la competencia en uno de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha y en el sorteo de Ley efectuado el dieciocho (18) de enero del año dos mil once (2011) se radicó la competencia en este Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, ante el cual se realizó la: audiencia de juicio, en la que las partes hicieron valer sus derechos de defensa; por lo que, siendo el estado de la causa el de sentenciar, para hacerlo se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** El acusado se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador en virtud de la norma constante en el numeral cinco (5) del artículo diecisiete (art. 17); numeral uno (1) del artículo dieciocho (art. 18); numeral uno (1) del artículo veintiocho (art. 28) y trescientos seis (306) del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de Garantías como Juez pluripersonal es competente, tanto por las personas como por el territorio y la materia, para conocer y resolver la presente causa. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** La audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal tiene por objeto que el fiscal y la defensa presenten sus alegatos a fin de determinar y resolver sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, admisibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y de procedimiento que hayan sido inobservados durante la etapa de instrucción fiscal y por tanto puedan afectar la validez del proceso, por lo que superada esta etapa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos setenta y cinco (75), setenta y seis (76), setenta y siete (77), ciento sesenta y ocho punto seis (168.6) y ciento sesenta y nueve (169) de la Constitución de la República del Ecuador, en la tramitación de esta causa se han observado las garantías del debido proceso constitucional, por lo (que verificado su cumplimiento se declara la validez de la misma. **TERCERO. IDENTIDAD DEL ACUSADO:** El acusado se identificó con los nombres de: **LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO**, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro, de 35 años de edad, de estado civil soltero, de instrucción secundaria, de ocupación jornalero, domiciliado antes de su aprehensión en Tanda en San José de la Comuna. **CUARTO. RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL ACUSADO: 4.1. Relación procesal:** El Doctor Diego Velasco Pazmiño, Agente Fiscal de Pichincha de la Unidad de Violencia Sexual e Intrafamiliar, en su alegato inicial o teoría del caso manifiesta: el acusado Luis Vargas Obando aprovechándose que su víctima era un niño de 5 años de edad NN y que sus familiares eran amigos del acusado le permitían dormir en la cama del niño, de lo que se aprovechó de eso para abusar del menor; el 25 de diciembre del 2009 cuenta a su madre lo sucedido y le dice que el hermano del Calucas a quien identifica como su padrastro me mete su pollito en el rabo, conducta que se ve reflejada en la institución donde el asiste y los cambios que a partir del 25

de diciembre experimentaba el niño con conductas sexuales que no son normales en su edad. **4.2. Cargos que se formulan en contra del acusado:** Concluida la instrucción fiscal y luego de la audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal al término de la etapa intermedia, el Juez de la causa con fundamento en el artículo doscientos treinta y dos (art. 232) del Código de Procedimiento Penal ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra del acusado LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO considerando que de las diligencias actuadas en la etapa de instrucción fiscal existen presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación y responsabilidad del acusado como presunto autor del delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numeral uno (1) y quinientos trece (513) del Código Penal. **QUINTO. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL:** Bajo los principios fundamentales de presunción de inocencia, formulación oficial de cargos y no autoinculpación, la finalidad de la etapa del juicio, conforme lo disponen los artículos ochenta y cinco (85) y doscientos cincuenta (250) del Código de Procedimiento Penal, consiste en comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda, condenarlo o absolverlo; siendo por consiguiente en esta etapa en la cual se decide la situación jurídica del acusado y donde deben practicarse todos los actos procesales de prueba necesarios e idóneos que deben presentar las partes o sujetos de la relación procesal para justificar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado para que en base a lo cual permita al Tribunal arribar a la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado. Al efecto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo ciento sesenta y ocho (art. 168) numeral seis (6) determina que “La sustanciación de los procesos, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, en concordancia con el artículo ciento sesenta y nueve (art. 169) de la misma Constitución que expresa 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...” Estos principios rectores del juicio guardan armonía con los principios generales de la prueba establecidos en el artículo setenta y nueve (art. 79) del Código Procesal Penal que dispone: “Las pruebas deben, ser producidas en la etapa del juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes”, “con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes” y el artículo doscientos cincuenta y tres (art. 253) *ibídem* dispone que el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de los sujetos procesales, es decir bajo los principios de concentración e intermediación. **LA PRUEBA MATERIAL,** según lo dispone el artículo noventa y uno (art. 91) del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infrac-

ción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado con la, debida cadena de custodia, para ser presentado en la etapa del juicio mediante los correspondientes testimonios y reconocimientos periciales y ser valorados por los Tribunales Penales. **LA PRUEBA TESTIMONIAL,** consiste en las declaraciones que hacen terceras personas no relacionadas con el juicio; la declaración del ofendido por sí sola no constituye prueba, conforme el artículo ciento cuarenta (art. 140) del Código de Procedimiento Penal, mientras que la del acusado constituye medio de defensa y de prueba a su favor según lo determina el artículo ciento cuarenta y tres (art. 143) del Código de Procedimiento Penal; y, para que surta tales efectos debe guardar armonía con las demás pruebas practicadas e introducidas en la audiencia. **LA PRUEBA DOCUMENTAL,** consiste en los documentos públicos y privados, según establece el artículo ciento cuarenta y cinco (art. 145) del Código de Procedimiento Penal; y, la manera de incorporarlos a juicio, la calidad y eficacia probatoria de tales documentos en el sistema oral dependerá de la calidad del documento y hará fe en el juicio penal y no requerirá de acreditación con la comparecencia del otorgante en tratándose de documentos públicos autorizados con las solemnidades legales por el competente empleado o funcionario, salvo en los casos que se alegue falsedad o falsificación, en cuyo caso habrá de estarse a las normas de prejudicialidad y pesquisa directa, según sea el caso; y, en los casos de documentos privados deberán ser acreditados con la comparecencia del otorgante para establecer la veracidad de su contenido a través del examen y contra examen, conforme así lo determina el artículo doscientos ochenta y seis punto cinco (art. 286.5) del Código de Procedimiento Penal. En virtud del principio de libertad de prueba, pueden presentarse **otros medios de prueba** que aporten al conocimiento y esclarecimiento de los hechos que serán valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. **CAMPO DE LA PRUEBA.** Para que exista juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir proposición positiva de cargos en contra del acusado y sobre lo cual éste debe responder según lo determina el artículo doscientos cincuenta y uno (art. 251) del Código de Procedimiento Penal; y, en la etapa del juicio tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y la culpabilidad del acusado, para atribuirle o no la comisión de la infracción y determinar con **certeza** su culpabilidad o inocencia, según lo dispone el artículo trescientos cuatro A (304-A) del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, en la audiencia de juzgamiento debe probarse fehacientemente y conforme a derecho la existencia del delito de violación, tipificado en el artículo quinientos doce (art. 512) del Código Penal, el mismo que dice: “Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por la 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;...”; y, sancionado en el artículo

quinientos trece (art. 513) *ibídem*, el mismo que dice: “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”, infracción por la que fue llamado a juicio y acusado el procesado y en esta etapa se sustanció ante este Tribunal de Garantías Penales, en la que la Fiscalía General del Estado representada por el agente fiscal doctor Diego Velasco Pazmiño, quien intervino en la audiencia de juzgamiento, por Mandato Constitucional y Legal debe y está obligado a demostrar y probar conforme a derecho tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal del acusado. **Objeto de la prueba.** El objeto material y jurídico de la prueba que se debe actuar en el juicio es el delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numeral uno (1) y quinientos trece (513) del Código Penal; es decir que debe probarse el nexo causal entre la infracción cometida y su responsable; mientras que el objeto, jurídico de la prueba recae sobre el bien jurídico que se pretende proteger con la Ley; que en el presente caso, al tratarse de un delito contra la integridad personal y de resultado exige prueba, por lo que es necesario que el bien jurídico protegido haya sido dañado o afectado, o en esta modalidad se hubiese sometido a una persona menor de catorce años con el fin del acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por la vía oral, anal o vaginal. **SEXTO. EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO: 6.1.** A fin de establecer tanto la existencia del delito como la culpabilidad del acusado, conforme a las exposiciones de las partes procesales, presentan: **6.1.1. En representación de la Fiscalía General del Estado**, el doctor Diego Velasco Pazmiño, Agente Fiscal de Pichincha de la Unidad de Violencia Sexual e Intrafamiliar, quien luego de reseñar las circunstancias que determinaron el inicio de la instrucción fiscal en contra del acusado y con el fin de construir su hipótesis de adecuación típica relató los hechos con lo que propuso su teoría del caso. A continuación y a fin de probar su posición procesal, hipótesis de adecuación típica o teoría del caso procedió a pedir la correspondiente prueba y a enunciar la lista de testigos que declararon ante este Tribunal en el siguiente orden: **1)** Testimonio urgente del menor NN, rendido ante el Juez Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, quien acompañado de su madre, manifestó, que Luis Humberto me hizo el amor, fue en mi casa, cuando dormían mis papás en otra cama, el Calucas es mi papá, amigo de Luis Humberto, éste me hace el amor muchas veces; **2)** Doctor FREDDY GERMAN HERRERA ALMAGRO, médico legista, quien manifestó, laboró en el Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha 9 años, realicé el examen médico legal el 26 de diciembre del 2009 al menor NN, quien acudió con su madre por cuanto le había indicado que fue abusado sexualmente, tenía 5 años de edad, en el examen extra genital no tenía lesiones, en la región anal se encontraron cicatrices de laceraciones antiguas en forma radial, las lesiones en la región anal es producto por la intro-

ducción de un objeto vulnerante, es decir más allá de 5 días?, no es un problema infeccioso, con una sola vez produce una lesión y una cicatriz, puede ser un objeto vulnerante, un cilíndrico un palo que sea largo que encaje en la región anal, puede ser también el pene. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Sí es mi firma y me ratifico en el contenido del examen, como se halló lesiones antiguas y en esa región si han pasado más de 24 horas los espermatozoides no sobreviven porque es una región contaminada y en la mayoría de casos es inoficioso tomar muestras de la región anal, son antiguas las lesiones de más de 15 días a la fecha que examiné; en el peritaje se habla de lesiones antiguas, es decir que, el menor fue manipulado más allá de los 15 días, la primera vez deja lesión, la segunda vez ya no deja lesión, no puedo decir si fue el día anterior si las cicatrices ya se formaron no se pueden volver a generar si hubo una nueva lesión; **3)** MARÍA ESPERANZA SATÁN GUNSHA, quien manifestó, tengo 2 hijos, el primero NN tiene 6 años, A.J. es el segundo, estoy unida con Carlos Manuel Escanta de la Cruz, en diciembre del 2009 vivía en la Comuna, el 25 de diciembre del 2009 mi esposo vino tomado, el 24 estaba chuchaqui y estaba acostado en la cama; el señor Humberto Vargas vino el 25 y como mi esposo no pudo tomar yo me fui a la tienda y el vecino Víctor Chapuez me dice si mi marido el Calucas está para tomar, llegó el señor Luis Vargas y dijo que quería tomar y mi marido no quería tomar por lo que yo le fui a dejar donde el vecino que quería tomar, luego regresó Luis Vargas y dijo que el vecino no quiere tomar con él, que quería tomar con mi esposo, el señor Vargas se quedó en la casa, como le recibíamos y sabía llegar a la casa, le acogimos en la casa, él antes como unas cinco veces llegaba a la casa, dormía con NN mi niño primero, yo le veía una persona honorable y buena, le acogimos como una familia de mi marido, en mi casa hay dos camas en la una dormía mi niño el más grande y, en la otra mi esposo, yo y mi hijo pequeño; el 25 de diciembre se quedó a dormir y durmió con mi niño, el 26 de diciembre se levantó y pidió el cargador del celular, yo le hice el café tomamos café, se hizo las once y se fue porque iba a ver a una chica en el Quinche; el señor Luis Vargas dijo que mi hijo iba a ser maricón porque se puso a jugar con unos pañales, pero yo lo tomé como un chiste, yo tenía que lavar y mi hijo con timidez me dijo si le iba a pegar, me dijo que le bese el rabo, que “el hermano de Calucas se saca el pipi y me pone en el rabito, me hace cuantas veces”, yo le entendí a mi hijo, le dije que pasó a mi hijo y él me dijo que no avise porque yo soy loca y que si me avisaba Papá Noel no iba a llegar con los juguetes, me puse a llorar, yo lave todito, le bañé a mi guagua y me puse a llorar, le esperé a mi esposo que venga del trabajo para contarle, a las cuatro de la tarde llegó mi tía María Esther Gunsha y me preguntó porque lloraba y le dije que no me pasaba nada, yo no quise avisar para avisar primero a mi esposo, ella me dijo que te pasa, entonces le comenté que a mi guagua le ha violado el amigo del Carlos, ella me dijo que no diga nada que iba a conversar con mi tío, habían conversado y se fueron al retén, luego la policía vino a mi

cuarto y me dijeron por qué he lavado el interior y la cobija, yo les dije que era mi desesperación de madre, a mi esposo Carlos Escanta le dije, le pedí a mi niño que explique y solo le nombraba al hermano del Calucas así le dice a mi esposo el Calucas, el niño nunca se refirió a mi esposo para hacerle algo, de ahí mi guagua estaba acostadito, estaba como enfermo, me fui solita con mi tía a traer a los policías del retén, la Fundación San José de la Comuna me ayuda con la psicóloga la doctora Consuelo. Al conainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Sí son unidas las camas, yo no puedo decir las fechas que llegó Humberto Vargas pero han sido varias veces, no puedo especificar los días; 4) MARÍA ESTHER GUNSHA COLCHA, quien manifestó, conozco a María Satán, el 26 de diciembre del 2009, fui de visita donde ella y como soy Testigo de Jehová fui a indicarle la biblia y cuando llegué estaba llorando me contó que al NN le han violado, me decía que un señor durmió esa noche, se levantó y se fue, me dijo que le había dicho NN a ella que venga a dormir conmigo y le había dicho mami hazme el amor y le ha dicho el Humberto me hizo el amor me metió el pene atrás, ese momento me acerqué a la cama del niño, le topé y estaba con fiebre, yo le pregunté qué pasó y el niño no quería contarme nada, yo le decía a mi sobrina como comprobamos y le pregunté por las sábanas y me dijo que sacó y botó el interior, que le bañó al guagua, yo no sabía qué hacer y me fui a mi casa, conversé con unos familiares y mi esposo me dijo que vayamos a denunciar, yo tenía miedo porque no estaba segura lo que ella decía y le acompañé al retén, entonces la Policía fue a la casa y nos llevó a Criminalística, ahí le hicieron los exámenes al niño, esperamos esa noche y cuando salieron le pregunté a Esperanza que pasó y ella me dijo que sí, que el examen salió que él estaba violado. Al conainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Soy tía de Esperanza Satán, yo no vi que el señor Humberto Vargas violó al niño; 5) CARLOS MANUEL ESCANTA DE LA CRUZ, quien manifestó, vivo en unión libre con María Esperanza Satán desde hace 3 años, sí conozco al acusado, él es de mi tierra y barrio, lo conozco desde que tenía 10 años, es mi vecino y lo conozco muy bien yo soy de Imbabura, en el 2009 vivía en la Comuna, yo con el acusado me encontraba desde antes de juntarme con mi esposa, me venía a visitar y me invitaba a beber; mi mujer tiene 2 hijos NN de 6 años y A.E., el acusado durmió como cuatro veces en mi casa, él dormía en mi cuarto, mi casa tenía un solo cuarto, tengo dos camas, yo le prestaba posada para que no esté en el suelo y le prestaba la cama de mi hijo NN, yo dormía pegadito era mi espalda de mi cama con el espalda de la cama de mi hijo; el 24 de diciembre vine de mi trabajo y como hicieron un agasajo mis jefes me vinieron a dejar, pasé mareado todo el 25 y no salí para nada de mi casa, el 25 en la tarde viene Luis Vargas y me invitó a tomar, le dije que no porque el 26 de diciembre del 2009 tenía que trabajar y no tenía dinero, antes de eso un vecino me estaba invitando para tomar entonces le mandamos a Luis Vargas donde mi vecino, pero regresó y se quedó a dormir en mi casa el 25 para amanecer 26, se

quedó en la cama, llegué el 26 del trabajo y una vecina me comentó que yo le he estropeado a mi esposa, me dijo que mi esposa y la tía andaban con los Policías, que me querían coger, que alguien ha llegado a mi casa y había abusado de mi hijastro, en mi casa no había nadie, dejé una nota que me iba a Puerto Quito a dejar combustible y cuando regresé hablé con mi esposa, los Policías habían dicho que yo había hecho eso con el acusado, pero eso es mentira yo no he hecho nada, yo tengo mi hijo, yo sé que es un delito, yo le dije que me diga la verdad y me contó lo que ha pasado, que ese día él se había quedado no se había ido temprano, NN me dice Caluca porque así me conocen en el barrio, yo hablé con NN y él me dijo que piensa que el Humberto Vargas es mi hermano, dice tu hermano el Roberto porque no puede pronunciar, me pasó el pene y que no le diga a mi mamá que si avisaba le pegaba y que Papá Noel iba a traer caramelos; yo si le he sobado con la correa, pero porque no comía, pero de repente, yo me salí donde viví, ahora el niño está bien para cuidarle mejor a mi hijo, él está en la Fundación de la entrada a la Comuna. Al conainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: yo no sentí, porque el bebé no lloró no gritó ni nada; él ha sabido decirle que no avise a la mamá, no sé cómo le amenazaba, esa noche no dormí hasta las dos de la mañana y como el bebé se movía, yo pensé que le dolía algo o las pulgas de la cama, incluso prendí la luz, mi hijo estaba virado a la pared y él a su espalda; 6) Doctora CONSUELO LEONOR CHACÓN MONTENEGRO, psicóloga, quien manifestó, laboro en la Escuela San José de la Comuna que pertenece a una Fundación, trabajo hace 17 años, sí conozco a NN quien es alumno hace 3 años, yo dirijo el Departamento de Psicología de la institución, realizo apoyo con las familias y con los adolescentes en forma directa; respecto a NN fue reportado por la profesora a fines de octubre del 2009 porque presentaba un cambio de comportamiento, era retraído, sensible, lloraba por todo y habían síntomas de golpes, cuando empezó el año era muy positivo, abierto, receptivo y a finales de octubre y diciembre él se estancó, decían que era arrinconado, que no jugaba, que estaba en un solo lugar, en unas dos ocasiones empezaba a tener demasiada información sexual, se le encontró una vez en una casita queriendo ver las partes sexuales de un compañerito, lo que hicimos es abrirle una hora de orientación semanal y mi compañera Daniela Romolerux que no está en el país empezó a trabajar con él y se orientó a su desarrollo académico, las primeras ocasiones la enfermera me dijo que la mamá había llegado con el niño cargado y que no podía caminar y que tenía muestras de sangre en el calzoncillo del niño, cuando la mamá llegó y veía que era un niño maltratado pero luego el padraastro dejó de golpearlo, sabíamos que algo pasaba y no sabíamos que era, antes de octubre trabajamos con el padre y la madre por los golpes pero esto cambió, hicimos convenios, pero en enero cuando regresamos de vacaciones la madre dijo que quería retirar al niño de la educación, la madre me comentó que a su hijo le abusaba sexualmente, que un Policía le llevó al examen médico en la morgue y para hacer la denuncia, la madre

es una persona con limitaciones culturales, tenemos dificultad en comunicarnos con la señora, son culturales más que físicas o intelectuales, es una persona que busca depender, luego que nos enteramos conversé con Esperanza (madre del niño) y me decía que le daba mucha pena y quería acercarse al niño pero el padrastro no le dejaba porque decía que le sobreprotegía, que ella cuando veía las manchas en el calzoncillo eran cuestiones de la luna y otros aspectos culturales, es una persona muy susceptible de sugestionar. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: nunca supe si el padrastro tuvo relación con el niño, el niño nunca ha identificado a su padrastro como quien ha topado sus partes íntimas, la persona que trabajó con el niño fue mi compañera Daniela; 7) Doctora NATACHA VICTORIA VILLACRESSES VILLALBA, psicóloga clínica, quien manifestó, se le realizó la evaluación psicológica al niño NN, cuando le evalué tenía 5 años de edad, se le realizó una entrevista al niño y la familia, se hace un acercamiento a la estructura de familia, se practican pruebas psicométricas, con test, se le tomó los datos del porqué iba a la evaluación psicológica, él hacía referencia que el día del hecho su padrastro Calucas (Carlos) es el papá de Alán que no le quiero al Calucas, vino el hermano del Calucas sacó el pene, me besó el rabo y me hizo el amor, decía muchas veces en la noche me hace el amor y mi mamá estaba dormida con el Calucas, el niño refirió que se llamaba Luis, que se fue y no va a volver, trabajamos con técnicas lúdicas y se observó con el títere que el grande besaba en la boca al pequeño y que el títere grande besaba en la parte genital, me despertaba, decía me besó el pipi y en el rabito me metió, se calla, dice lloré porque me dolió, se abordó ambientando al niño, el títere grande representaba a Luis y el pequeño a NN, es un niño de 5 años de edad que los constructos de pensamiento no son muy claros, había una confusión del niño que Luis era hermano del padrastro y con la exploración nos dimos cuenta que no era el hermano sino un amigo que visitaba la casa, se aplicaron dos pruebas la del Tus que son cuentos y se observó sensación de sometimiento de la figura paterna, el vínculo familiar era conflictivo, él decía en el tren se va el agresor que es Noel a quien se identificaba como Luis, se aplicaron diez láminas de imágenes para que el niño construya una historia, el niño presentaba un cuadro de ansiedad, estados de trastorno emocional, agitación motriz, preocupación de tipo sexual, fijaciones emocionales, comportamientos descompensados, el niño siempre que había niños hacía juegos sexuales, había distrabilidad, agitación motriz, agresividad frente al hecho, violencia frente al agresor, comportamiento sexualizado, carencia emocional, el niño no tenía una figura masculina protectora, era de un hogar vulnerable, se recomendó pronóstico reservado, observar al niño y psicoterapia lúdica, familiar, de lenguaje y observación del cuadro clínico, en los abordajes por: la situación hostil del entorno familiar del niño, el niño decía en un dormitorio en un cuarto había una cama y en la cama estaban tales personas, hacía referencia que Carlos su padrastro estaba con su madre dormida y decía de los toques y rozamientos

le dolió mucho, el niño aclaraba que era Noel que es Luis. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: nosotros trabajamos en los vínculos familiares y trabajamos sin los padres jugando y se tranquiliza cuando ya no le ve al agresor porque ya no está en la casa que es según el niño la persona que lo agredió; 8) GUILLERMO DEL CASTILLO GUERRERO, psicólogo clínico, quien manifestó, el 3 de febrero del 2010 realicé un examen psicosomático al señor Luis Obando (sic), se exploró el área intelectual emotiva y social, es una persona de inteligencia normal con equilibrio abstractivo y práctico, deficiencia para el análisis, frío de los problemas, interpreta los estímulos ambientales, inteligencia normal; en el área emotiva afectiva es una persona afectivamente inestable se varía de la euforia a la depresión, inestabilidad, capacidad de control disminuida, el descontrol de los impulsos es en abanico, puede ser verbal, comentarios, críticas e impulso sexual, hablo de proclividad puede ser en una de las tendencias no exclusivamente a lo sexual, es un individuo egocéntrico, derivado de una afectividad inestable, no le importa lo que ha hecho, es una persona con normalidad en todas las funciones y desde el punto de vista psiquiátrico no hay ningún problema que atente a la normalidad, no sufre ninguna patología a nivel psiquiátrico, no es un enfermo psiquiátrico hay un descontrol pero es intermedio y tiene capacidad de control de saber lo que hace; 9) GERMANIA ELIZABETH TINGO FARINANGO, quien manifestó, vivo en el Barrio La Comuna en la calle 12 de Agosto; el 25 de diciembre yo tengo un negocio y le dejé a mi esposo en el bazar, vi al señor bajo (procesado) que saludó y se fue, el señor estaba sentado afuera de la casa en una tienda, al siguiente día le escuché que hablaba en el cuarto de la señora Esperanza, vi que él estaba ahí; 10) HUGO LAUREANO CHAPUES ENRIQUEZ, quien manifestó, conozco a María Satán es mi vecina, vivo en la Comuna una cuadra antes de ella; el 25 de diciembre del 2009 yo pasaba en el taxi y pasó la esposa de don Calucas, le pregunté si estaba su marido para irnos a tomar, me dijo que no, yo estaba tomando un café y viendo tele, llegó el señor y me dijo si quería tomar (reconoce al procesado) le dije que vaya a ver al Calucas para después tomar, luego me fui a trabajar y el 26 ya no lo vi. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: al señor lo vi a las seis de la tarde, al señor Humberto Vargas le he visto que era amigo del señor Calucas, yo le dije a la señora si estaba el Calucas para tomar, luego le había mandado al señor para tomar y le dije que le vaya a ver al Calucas para tomar, el señor llegó donde mí porque vivo a media cuadra; 11) Sargento Segundo de Policía SEGUNDO FRANCISCO BALSECA GANAN, quien manifestó, el 6 de enero del 2010 el doctor Wilson Toinga dispuso se tome versiones de terceros, el reconocimiento del lugar y antecedentes del procesado; el 17 de enero del 2010 me trasladé al sector de la Comuna y en presencia de la señora María Satán madre del niño NN se realizó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos en la 12 de Agosto y pasaje Romerillo, presenta fotografías, es una casa de dos pisos de adobe, la señora vivía

como arrendataria y en el segundo piso utilizaba un cuarto de 5 metros por 4 de ancho con dos camas, la cama del niño es de madera de color café y la cama de la madre es de color blanco, están juntas, presenta una fotografía, las camas son contiguas. *El señor Fiscal introduce como prueba documental:*

1) Partida de nacimiento del menor NN. **6.1.2.** El acusado LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO, rindió su testimonio bajo juramento y manifestó, el 25 de diciembre estaba donde mi hermana y me invitó para hacer el pavo, todo el día estaba ahí, bajé y comimos el pavo, me fui llevando un jugo del valle, ese día yo no estuve en la casa del Calucas, nunca he abusado del niño, yo tengo mi hijo y no me gustaría que le pase eso. Al contrainterrogatorio del señor Fiscal, responde: al señor Carlos Escante lo conocí en Quito casi 9 años, si he dormido en la casa de él, una vez dormí en su casa, yo dormía en la cama con el niño NN, me llevaba bien con él, yo les quiero a los niños y todos los niños me quieren a mí, yo le enseñaba a bailar, llegaba varias veces pero no me quedaba a dormir ahí, yo no fui a la casa de ellos ese día. Su defensor el doctor Víctor Hugo Guzmán, presenta como prueba a favor de su defendido: **1)** Certificados de antecedentes personales del acusado Luis Humberto Vargas Obando, otorgados por los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se indica que a excepción de este Tribunal el acusado no mantiene causa penal pendiente ni ha sido sentenciado por delito alguno; **2)** Certificado de conducta del acusado Luis Humberto Vargas Obando, otorgado por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 3 de Quito; **3)** Certificado de actividades laborales del acusado Luis Humberto Vargas Obando, otorgado por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 3 de Quito; **4)** Certificados de actividades educativas, deportivas, recreativas y culturales del acusado Luis Humberto Vargas Obando, otorgados por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 3 de Quito y por el Centro de Detención Provisional de Quito; **5)** Certificados de haber el acusado Luis Humberto Vargas Obando aprobado varios cursos en el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 3 de Quito; **6)** Certificado otorgado por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 3 de Quito, en el que se indica que el acusado Luis Humberto Vargas Obando no registra ningún intento de fuga o evasión; y, los testimonios de los señores: **1)** MARÍA ROSA JUIÑA PEÑA, quien manifestó, el 25 de diciembre estaba sin trabajar y subía Luis Vargas para ayudarme a vender los almuerzos porque estaba sin trabajo, el 22 subió al 26 y el 25 (**sic**) le dije que venga porque iban a traer un pavo para hacer la comida, me dijo bueno mamá y el 25 se adelantó y bajó donde la hermana, como no llegaba le llamé y me dijo que estaba donde su hermana la Martha comiendo un pavito y que a las diez de la noche iba a llegar y le dije que el 26 necesitaba que me ayude en el local, él siempre me dice mamá y el 26 me adelanté en salir y a las 09h30 ya llegó para ayudarme en el local, siempre me ayudaba a vender la comida y le he dejado como trabaja mi nuera y tengo una nieta de 6 y otro de 5 y le hemos confiado, ha vivido conmigo tres años. Al contrainterrogatorio

del señor Fiscal, responde: Él sí se fue a la casa de su hermana, el 25 de diciembre donde la señora Martha porque es cerca de donde vivo, sí lo vi en la casa de ella, como es cerca vino a las diez de la noche donde mí, yo vivo en San Francisco de Tanda vivo a tres cuadras de Martha Vargas, sí vi que ingresó a la casa de la señora, él regresó a dormir a mi casa ese día a las 10h30; **2)** LUIS ALFONSO RAMOS ANDRADE, quien manifestó, si le conozco al señor Luis Vargas, el 25 de diciembre hicimos una merienda un pavo que me regalaron en el trabajo, le invitamos a la vecina María Presenta (**sic**), Juliana que es mi vecina nos dio horneando el pavo, estábamos mi esposa, mis dos hijas y Luis Vargas en mi casa, merendamos y a las 22h00 salieron a sus casas y Luis Vargas se quedó a dormir en mi casa porque tenemos dos camas, al día siguiente nos despertamos y él se fue al restaurante de la señora María Rosa, el 26 nos despertamos, desayunamos el pavo y se fue al restaurante. Al contrainterrogatorio del señor Fiscal, responde: el acusado sí durmió en mi casa el 25. A la aclaración solicitada por el Dr. Mora, responde, ¿la señora María Juíña dice que el 25 el acusado durmió en su casa y usted dice que durmió en la suya? El durmió en mi casa; **3)** MARÍA PRESENTACIÓN TITUAÑA SOTALIN, quien manifestó, si conozco a Luis Vargas, es tranquilo, bueno, no sé de lo que le culpan. *Al culminar la prueba presentada por las partes procesales, el señor Fiscal doctor Diego Velasco Pazmiño, en el alegato final acusa a LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO, como autor del delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numeral uno (1) y quinientos trece (513), solicitando se tomen en cuenta las circunstancias agravantes del art. 30.1 numerales 7 y 9 del Código Penal.* **SÉPTIMO. DELITO,** es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable; solo en la medida que se cumplan estos presupuestos en su integridad, podemos hablar de delito y de responsabilidad. La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta tanto en el mundo interno del individuo así como en el mundo externo al materializarse en un resultado, y es lo que denominamos acciones u omisiones; ambas formas son relevantes para el derecho penal. **OCTAVO.** La base del juicio penal es la comprobación conforme a derecho de la existencia de la acción u omisión punible, así como la responsabilidad del acusado y más aún si por principio Constitucional según su artículo setenta y seis (art. 76) numeral dos (2) “Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”, por lo que el Tribunal procede a analizar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, para lo cual analiza: **sobre la materialidad de la infracción,** analizadas las pruebas producidas en el curso de la audiencia de juzgamiento, este Tribunal considera que se ha probado y demostrado conforme a derecho la materialidad de la infracción, con el testimonio del perito médico legista doctor FREDDY GERMAN HERRERA ALMAGRO, quien manifiesta que realizó el examen médico legal al menor NN, quien en el examen extra genital no tenía lesiones y en

la región anal se encontraron cicatrices de laceraciones en forma radial, las lesiones en la región anal son antiguas y es producto por la introducción de un objeto vulnerable, es decir que las lesiones son más allá de 5 días; las lesiones no es un problema infeccioso y con una sola introducción produce una lesión y una cicatriz, un objeto vulnerable puede ser un palo cilíndrico o puede ser el pene; con el testimonio de la psicóloga doctora CONSUELO LEONOR CHACÓN MONTENEGRO, quien manifiesta que labora en la Escuela San José de la Comuna que pertenece a una Fundación; que el menor NN es alumno de la Fundación desde hace 3 años, el mismo que a fines de octubre del 2009 fue reportado por la profesora por cambio de su comportamiento, al verlo que era retraído, sensible, que lloraba por todo y habían síntomas de golpes, cuando a principios de año era muy positivo, abierto y receptivo; que en ocasiones empezaba a tener demasiada información sexual, encontrándole una vez queriendo ver las partes sexuales de un compañerito, por lo que su compañera la profesora Daniela Romolerux empezó a trabajar con el niño; que la enfermera le informó que la mamá había llegado cargado al niño, quien no podía caminar y tenía muestras de sangre en el calzoncillo; que en el mes de enero la madre le dijo que quería retirar al niño porque había sido abusado sexualmente; y, con el testimonio de la psicóloga clínica doctora NATACHA VICTORIA VILLACRESES VILLALBA, quien manifiesta que realizó la evaluación psicológica al niño NN de cinco años de edad, el mismo que hacía referencia al día de los hechos diciendo que el hermano del Calucas sacó el pene, me besó el rabo y me hizo el amor; que el examinado el menor NN decía que muchas veces en la noche le hacía el amor cuando su mamá estaba dormida con el Calucas, refiriéndose a Luis, que se fue y no va a volver; que el niño presenta un cuadro de ansiedad, estados de trastorno emocional, agitación motriz, preocupación de tipo sexual, fijaciones emocionales, comportamientos descompensados y siempre que hay niños hace juegos sexuales. Sobre la responsabilidad penal del acusado LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO, este Tribunal considera que se ha demostrado y probado conforme a derecho la responsabilidad del acusado, con las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento, entre ellas con el testimonio urgente del menor ofendido NN, quien en forma clara y precisa determina que Luis Humberto Vargas Obando, a quien lo identifica con el nombre de Roberto y hermano de Carlos Manuel Escanta de la Cruz, es quien le violó; con el testimonio de MARÍA ESPERANZA SATÁN GUNSHA, madre del menor ofendido, quien manifiesta que tiene 2 hijos, el primero llamado NN de 6 años de edad y el segundo A.J. y que convive con Carlos Manuel Escanta de la Cruz conocido como el Calucas; que el 25 de diciembre del 2009 llegó a su casa o cuarto donde ella vive el señor Luis Humberto Vargas Obando en busca de su conviviente el señor Carlos Manuel Escanta de la Cruz para beber o ingerir licor lo que su conviviente no aceptó porque había llegado el 24 de diciembre tomado y como el vecino también le había ido a buscar a su conviviente para beber, le

fue a dejar a Luis Vargas donde el vecino, pero luego nuevamente regresó Luis Vargas diciendo que no quiere tomar con el vecino sino con su conviviente Carlos Manuel Escanta de la Cruz, y como siempre le recibían se quedó a dormir en su cuarto, ya que unas cinco veces antes durmió en su cuarto en la cama de su hijo NN, porque veía como una persona buena y honorable (sic), a quien le acogían como una familia de su marido; que en su cuarto hay dos camas, en la una dormía su hijo y en la otra ella con su esposo; que el 25 de diciembre del 2009 Luis Humberto Vargas Obando se quedó a dormir en su cuarto y durmió con su hijo el menor NN, levantándose al siguiente día 26 de diciembre del 2009, tomaron café y a eso de las 11h00 de la mañana se fue de su casa diciendo que se iba a ver a una chica en el Quinche; que Luis Vargas Obando antes de irse de su casa le había dicho que su hijo iba a ser maricón porque se puso a jugar con unos pañales, tomándole como un chiste, cuando posteriormente su hijo con timidez le dijo que le bese el rabo porque el hermano del Calucas se saca el pipi y le pone en el rabito, haciéndole cuantas veces, por lo que le dijo a su hijo que pasó y él le respondió que no avise porque es loca y que si avisaba papá Noel no iba a llegar con los juguetes, por lo que se ha puesto a llorar, lavando toda la ropa y sábanas le ha bañado a su hijo; que a las cuatro de la tarde del día 26 de diciembre del 2009, llegó su tía María Esther Gunsha, preguntándole porque lloraba, sin que le haya contado lo sucedido con su hijo, porque primero quería contarle a su esposo, pero que luego le contó que a su hijo le había violado el amigo de Carlos el señor Luis Humberto Vargas Obando, por lo que se fueron a denunciar, en el retén, motivo por el cual los policías fueron a su cuarto y le preguntaron porque había lavado el interior y la cobija, diciéndoles que era por la desesperación de madre; con el testimonio de MARÍA ESTHER GUNSHA COLCHA, quien manifiesta que conoce a María Satán por ser su sobrina y que el día 26 de diciembre del 2009 fue a visitarla para indicarle la biblia porque es Testigo de Jehová, momentos en los cuales le encontró llorando, contándole que su hijo NN había sido violado por un señor que durmió esa noche con él; que su hijo menor NN le había dicho a su mamá que ven a dormir conmigo y hazme el amor, porque el Humberto me metió el pene atrás, por lo que se ha acercado a la cama del niño quien ha estado con fiebre, preguntándole que pasó, pero el niño no quería contarle nada; que su sobrina madre del menor le dijo que sacó y botó el interior, que le bañó al niño y que ella no sabía qué hacer; que luego conversó con sus familiares sobre lo sucedido y sus esposo le dijo que vayan a denunciar, acompañándole a su sobrina al retén, por lo que la policía fue a la casa y les llevó a Criminalística donde le hicieron los exámenes al niño, dando como resultado que el niño estaba violado; y, con el testimonio de CARLOS MANUEL ESCANTA DE LA CRUZ, alias el Calucas, padrastro del menor, quien manifiesta que es conviviente de María Esperanza Satán desde hace tres años y que conoce al acusado Luis Humberto Vargas Obando porque es de su tierra y su barrio; que en el año 2009 vivía en la Comuna en donde le visitaba

y le invitaba a beber Luis Humberto Vargas, quien ha dormido en su casa como cuatro veces, es decir en su cuarto, donde tiene dos camas, prestándole la cama de su hijo NN con quien dormía; que el 24 de diciembre llegó de su trabajo en estado etílico porque sus jefes hicieron un agasajo, pasando mareado todo el 25 de diciembre del 2009, motivo por el cual no salió para nada de su casa y en la tarde del 25 de diciembre del 2009 llegó a su casa Luis Humberto Vargas Obando a invitarle a tomar, diciéndole que no podía porque el 26 de diciembre tenía que trabajar y no tenía dinero; que un vecino en ese día también le estaba invitando a beber por lo que le mandó a Luis Vargas a donde el vecino pero luego regresó y se quedó a dormir en la casa, esto es el 25 de diciembre para amanecer al 26 de diciembre del 2009; que el 26 de diciembre del 2009 luego de haber regresado de su trabajo su conviviente María Esperanza Satán Gunsha le contó que Luis Humberto Vargas Obando había violado a su hijo NN, por lo que él habló con NN, quien le dijo tú hermano el Roberto, refiriéndose a Luis Humberto y creyendo que es su hermano, me pasó el pene y no le digas a mi mamá, porque si avisaba le pegaba y que papá Noel no iba a traer caramelos; que esa noche del 25 de diciembre del 2009 él no durmió hasta las dos de la mañana y que sintió que el bebé se movía, por lo que pensó que le dolía algo o que las pulgas de la cama le picaban, por lo que incluso prendió la luz viendo que su hijo estaba virado hacia la pared y Luis Humberto Vargas Obando estaba virado a su espalda. Los testimonios de los testigos presentados por el acusado, valorados de acuerdo a las reglas de la sana crítica no tienen ningún valor probatorio, en virtud de que son contradictorios y evidencian falsedad. Por todas estas consideraciones y valorada toda la prueba en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme lo determina el artículo ochenta y seis (art. 86), así como lo establecido en los artículos ochenta y cinco (85) y ochenta y ocho (88) del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal infiere, fuera de toda duda y certeza, que el acusado **LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO**, ha adecuado su conducta al tipo penal de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numeral uno (1) y quinientos trece (513), en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del Código Penal, en calidad de autor. Por lo expuesto, con fundamento en los artículos trescientos cuatro A (304-A), trescientos nueve (309) y trescientos doce (312) del Código de Procedimiento Penal, el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CONDENAN** al ciudadano ecuatoriano **LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO**, cuyo estado y condición constan en esta sentencia, a la pena de **VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL**, por considerarlo **autor** del delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos quinientos doce (512) numeral uno (1) y quinientos trece (513), en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del

Código Penal, sin modificación alguna por no existir circunstancias atenuantes conforme lo determina los artículos veintinueve punto uno (29.1) y treinta punto uno (30.1) numerales siete (7), ocho (8) y nueve (9) del Código Penal, pena corporal que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de esta ciudad de Quito y de la que deberá descontarse el tiempo que haya estado o permanecido detenido el acusado por esta acción penal. Con costas, daños y perjuicios, conforme lo determina el artículo, trescientos nueve (art. 309) numeral cinco (5) del Código de Procedimiento Penal. Actúe la Ab. Mabel Tapia Rosero, en calidad de Secretaria titular de este Tribunal. **Cumplase y Notifíquese.**

f) **Dr. Luis G. Mora A. Presidente. Dr. Fausto Maruri Rueda, Juez. Dr. Ernesto Morales Echeverría, Juez AD-HOC.**

RECURSO DE REVISIÓN

Juez Ponente: Dra. Ximena Vintimilla Moscoso.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, a 11 de junio del 2013. Las 16h40.

VISTOS: LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO ha interpuesto el recurso de revisión a la sentencia dictada el 22 de febrero del 2011, las 10h00, por el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha que condena al ciudadano **LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO** a la pena de **VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL**, por considerarlo autor del delito de **violación**, tipificado en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem, en concordancia con el artículo 42 del cuerpo de leyes citado, pena de la que deberá descontarse el tiempo que haya estado o permanecido detenido el acusado por esta acción penal. Con costas, daños y perjuicios, conforme lo determina el artículo 309 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal. El recurso tiene fundamento en las causales **3 y 4 del art. 360** del Código de Procedimiento Penal. Interpuesto el recurso de revisión y radicada la competencia en la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento los miembros del Tribunal integrado por la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Vicente Robalino Villafuerte Jueza y Juez Nacional y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional. Por sorteo correspondiente actúa como Jueza Ponente la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, de conformidad con el art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. Aceptado a trámite el recurso y habiéndose cumplido en fecha martes 09 de abril del 2013, a las 08h35, con la Audiencia oral, privada y contradictoria de conformidad a lo establecido en el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, diligencia a la que comparecieron e hicieron sus fundamentaciones y alegaciones por una parte el Dr. Eddy Benavides, defensor público, en representación del recurrente Luis Humberto Vargas Obando y por otra, el Dr. José García Falconí delegado del Fiscal General del Estado. De conformidad con el **art. 367 del Código de**

Procedimiento Penal, para resolver, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.** Este Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el presente recurso de revisión de conformidad al art. 184 numeral, 1 y art. 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República del Ecuador y arts. 183, 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y art. 360 del Código de Procedimiento Penal. No se ha impugnado la competencia a la Jueza, al Juez o al Conjuez que integran el Tribunal. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.** Una vez revisado el presente recurso de revisión no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad ha sido debidamente tramitado de conformidad a lo que establece el art. 359 y 366 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara su validez. **TERCERO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 366 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos innumerados agregados a continuación del art. 286 y al art. 345 ibidem, se llevó a cabo la Audiencia oral, privada y contradictoria en fecha 09 de abril del 2013, las 8h35. En la diligencia conforme el acta de la audiencia, los concurrentes manifestaron: **a).- EL RECURRENTE VARGAS OBANDO LUIS HUMBERTO.** El Dr. Eddy Benavides Pérez, defensor público, intervino a nombre del recurrente y manifestó que: *“De acuerdo al escrito presentado por un defensor particular el recurso de revisión se fundamentará de acuerdo a las causas tres, cuatro y seis pero la defensa solamente hará la intervención en base a las causales tres y cuatro y no en relación a la seis, en este recurso de revisión se revierte la carga de la prueba, es así que esta defensa ha tenido los elementos que constan en la audiencia de juzgamiento para demostrar la contradicción tanto en los testimonios como en la misma resolución del Tribunal basándose en la prueba documental y testimonial a presentarse, para demostrarse la inocencia del defendido Luis Humberto Vargas Obando...”* (Fojas 59. Juicio nro. 236 Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). Comparecencia de la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez: *“...Se llama a la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez portadora de la C.C., de estado civil casada, psicóloga de profesión, domiciliada en la ciudad de Quito, de nacionalidad ecuatoriana, de 29 años de edad; después del juramento antes de responder el interrogatorio el Dr. Eddy Benavides aclara que la testigo fue quien primero evaluó al niño víctima del delito de violación, lastimosamente por motivos de estudios al no encontrarse en el país no rindió su testimonio porque no asistió a la audiencia de juzgamiento por lo que su testimonio sería una prueba nueva dentro del proceso. Se inicia el interrogatorio y el Dr. Benavides pregunta: P: Indique sus actividades ¿dónde trabaja? Trabajo en la Fundación José Kentenich desde el 2009 como psicóloga de la institución, soy Terapeuta Familiar Sistémica en la parte clínica, es decir trabajo con los niños y con sus familias. P: Dentro de sus actividades en esta Fundación, ¿puede indicarle al Tribunal es-*

pecíficamente lo que conoció de este caso? Ese era mi primer año de trabajo, la mamá del niño vino preocupada por el área emocional del niño, estaba preocupada por las conductas del niño, quien le había dicho que “le haga el amor por la noche”, entonces se necesitaba una evaluación del niño que tenía 5 años en ese tiempo, por eso decidimos hacerle una prueba lúdica. Sacamos los muñecos sexuados para colocarlos frente a los niños para ver con qué muñecos quieren jugar y con cuál de ellos se identifican e identifican al abusador, el niño cogió un muñeco que representaba a él mismo y tomó el otro muñeco al que le bajó el pantalón y le introdujo el pene en el potito del muñequito que representaba a él mismo con lo que, se comprueba que hubo abuso sexual, el lenguaje del niño en esa época es muy corto, tiene un montón de fallas, por eso era difícil entender quién era la persona que abusaba de él, pero refiere un nombre “Noé”, podría ser que se refiere a “Papá Noel” porque la persona le daba caramelos o cosas así a él identifica como su abusador, y menciona a Caluca pero nunca coge ningún muñeco para decir que sea Caluca y que le hace algo. P: ¿Quiero que le aclare al Tribunal si esos eran los únicos nombres a los que el niño se refirió? Sí solo me dijo esos dos nombres. “El Dr. José García Falconí pregunta a la testigo “Usted es perito acreditada por el Concejo de la Judicatura? No.” (Foja 59 y 59 vta. Juicio nro. 236 Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia) Comparecencia de la Sra. Sara Beatriz Cárdenas Vergara: “...se llama a la segunda testigo: SARA BETARIZ CÁRDENAS VERGARA (sic) portadora de la cédula de ciudadanía nro., casada, 53 años, con instrucción superior, ecuatoriana, de profesión fisioterapeuta domiciliada en Quito. Antes de responder al interrogatorio, el Dr. Benavides aclara al Tribunal que la Dra. Cárdenas actúa como testigo y no como perito dentro del proceso, aclara que dentro del testimonio que rindió la Dra. Consuelo Leonor Chacón Montenegro refiere un testimonio de la doctora por eso necesito que se aclaren ciertos puntos. P: Indique al Tribunal ¿dónde trabaja y cuál es su actividad en esta institución? En una casa hogar, durante seis años, y luego en la escuela 12 años con el cargo de la enfermería. P: Usted dentro de las actividades dentro de la institución, conoció el caso? Sí; P: ¿Usted conoció el acta que se realizó en la audiencia de juzgamiento? Sí. P: Consuelo Leonor Chacón refirió un acontecimiento que se necesita aclararlo, dentro del testimonio de la Dra. Chacón dijo que el niño tenía información sexual. P: ¿Usted conocía de esa información? En inicio no. P: ¿Dice que por varias ocasiones la mamá había llegado con el niño cargado y no podía caminar? Sí. P: Dentro del testimonio de la doctora, ¿recuerda al niño NN? Sí recuerdo porque la fecha está anotada fue el 14 de octubre de 2009. Recuerdo que llegó la profesora del niño a la enfermería a reportarme que el niño no podía caminar, que está llorando y muy irritable, que refiere un fuerte dolor en la piernas, procedo a hacer un examen superficial para ver si el niño no se cayó, no se podía hacer un seguimiento, como le dolían las piernitas no podía hacer más que darle un Buprex, le ponemos a reposar al niño, no tengo detalles específicos pero recuerdo que la madre estaba detrás del niño y no dijo nada estaba callada. El Dr. José García Falconí pregunta a la testigo: ¿Dónde estaba el 25 de diciembre

del 2009? y ella responde que en su casa, era Navidad". (Foja 59 vta. y foja 60. Juicio nro. 236-11. Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia). "A continuación el Dr. Benavides entrega las tarjetas de filiación de los señores Carlos Manuel Escanta de la Cruz y Luis Alberto Escanta de la Cruz para evidenciar las contradicciones que existen en los testimonios de estos señores y aclarar algunos puntos respecto a los señores"

b).- EL FISCAL. El Dr. José García Falconí, delegado del Fiscal General del Estado expuso: "El Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 22 de febrero de 2011, dicta una sentencia debidamente motivada en la que señala que existe con certeza el delito de violación tipificado y sancionado en los art. 512.1 y 513 del Código Penal y con certeza la responsabilidad del señor Luis Humberto Vargas Obando como autor de este ilícito, y le sanciona con la pena de veinte años de reclusión mayor especial, de esta sentencia interpone el recurso de revisión el señor Vargas Obando, en la fundamentación el Dr. Eddy Benavides dice que lo hace en base a las causales 3 y 4 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Como es de conocimiento general, dentro de nuestro sistema penal ecuatoriano existen dos recursos fundamentales extraordinarios, el de casación para corregir errores de derecho que cometen los señores jueces y el recurso de revisión para corregir los errores de hecho que cometen los señores jueces al dictar sentencia o sea condenar a una persona inocente como culpable. El recurso de revisión conforme se lo ha dicho en varias sentencias de acuerdo el recurso de revisión es un juicio contra otro juicio, más que un recurso es una acción que se traduce en la petición del recurso de revisión, en esta clase de recurso funciona el principio dispositivo, únicamente son competentes en este caso, para revisar las causales en las que se fundamenta el recurrente, es decir la tres y cuatro, nuestra legislación penal dice "Art. 359. Objeto del recurso de revisión: El recurso de revisión por una de las causas previstas en el artículo siguiente, (seis causas taxativamente señaladas) podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria.", porque dentro de nuestro sistema existen varios principios, pero hay dos principios que rigen la legislación: el de presunción de inocencia y el de legalidad. Conforme el art. 76 numeral 2 "Todo persona será juzgada como inocente y será tratada como tal hasta cuando hay sentencia condenatoria ejecutoriada", en este caso el señor Luis Humberto Vargas Obando ya no goza del estatus de inocente, le corresponde como nueva prueba romper el principio de cosa juzgada, en este caso la sentencia dictada por el Octavo Tribunal, según el art. 360 del Código de Procedimiento Penal, "Habrá lugar al recurso de revisión para ante lo Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos:" en este caso ustedes son jueces de casación y de revisión en materia penal acuerdo al art. 184 punto 1, y jueces de fuero, en este caso el art. 360, numerales 3 y 4 son las causas en las que se fundamenta este recurso "3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados"; y esto tiene que demostrar el recurrente, y el numeral "4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó;" Dentro de la etapa normal del proceso le corresponde a la Fiscalía justificar la existencia del

delito y la responsabilidad del acusado, dentro del nuevo ordenamiento jurídico también le corresponde a los jueces buscar la verdad conforme el art. 130 numeral 10; "Disponer prueba de oficio para buscar la verdad", porque no son jueces arbitrarios, y como se goza del principio de cosa juzgada para justificar que se rompa esa cosa juzgada, la prueba testimonial y documental no son nueva prueba, ni prueba suficiente para destruir el principio de cosa juzgada del que goza la sentencia; dentro de la sentencia consta el testimonio urgente del menor NN quien señala que el hoy recurrente, es el culpable del delito de violación, uno de los delitos más execrables porque acaba con el proyecto de vida de un menor y consta en la "RELACIÓN PROCESAL: El Dr. Diego Velasco Pazmiño, Agente Fiscal de Pichincha de la Unidad de Violencia Sexual e Intrafamiliar, en su alegato inicial o teoría del caso manifiesta: El acusado Luis Vargas Obando aprovechándose que su víctima era un niño de cinco años de edad NN y que sus familiares eran amigos del acusado le permitían dormir en la cama del niño, de lo que se aprovechó de eso para abusar al menor; el 25 de diciembre del 2009 cuenta su madre lo sucedido y le dice que el hermano del Calucas, a quien identifica como su padrastro me mete su pollito en el rabo, conducta que se ve reflejada en la institución donde el asiste y los cambios que a partir del 25 de diciembre experimentaba el niño con conductas sexuales que no son normales en su edad" y este testimonio urgente del menor consta aquí, así como consta el testimonio del Dr. Freddy Herrera, médico legista en el cual señala la violación que ha sufrido dicho menor, consta el testimonio de la madre del menor de cómo se han desarrollado de manera detallada este hecho, consta el testimonio del padrastro del menor, conforme se ha manifestado en el art. 81 de la Constitución, este es uno de los delitos que más causa alarma social, por eso debe ser sancionado de manera severa, y como lo han dicho en otras sentencias estos delitos no se cometen en presencia de testigos por eso solo se basa en el testimonio de la víctima, existe una estadística que menos del 1% ciento de los recursos de casación y revisión son aceptados, y en este caso no es nueva prueba, este recurso no rompe el principio de cosa juzgada de la sentencia dictada por el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, en el art. 21 de la Constitución el fin de la sentencia es guardar la paz social; de manera reiterada se dice que la justicia es volver a la paz social y no dejar en la impunidad especialmente estos delitos. Más del 50% de los recursos de casación y revisión se refieren a delitos sexuales y quedan en la impunidad, este delito acabó con el proyecto de vida de un niño de cinco años de edad, por eso la petición de la Fiscalía es que se ordene devolver el proceso al Tribunal a quo y se dé cumplimiento a esta sentencia y repare el daño, solicita que se deseche el recurso y se devuelva el proceso para ejecutar la sentencia contra el recurrente." (Foja 60, 60vta. y foja 61, Juicio nro. 236-11. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia).

c).- RÉPLICA. El Dr. Eddy Benavides Pérez hizo uso de su derecho a la réplica, y expuso lo siguiente: "Es importante lo manifestado por la Fiscalía, y revisando el caso desde donde se origina el proceso, éste se inicia el 25 de diciembre del 2009, cuando la madre del niño denuncia e indica que el niño fue violado en esa fecha en la

primera intervención se indicó que no fundamentaría el recurso conforme la causal sexta, porque el delito existe, el niño fue abusado, horas después de cometido el ilícito, se realiza el examen médico legal por parte del Dr. Freddy Germán Almagro, quien realizó la experticia y dice que son evidentes las muestras de una penetración antigua, no eran recientes (es decir dentro de las 24 horas) sin embargo dentro del contrainterrogatorio, el perito dice que son alrededor de quince días atrás a la fecha que se lo examinó, no se sabía cuando ocurrió el ilícito. La señora María Esperanza Satán en la audiencia indica que el 25 de diciembre le encontró al niño sangrando, dentro de este recurso de revisión, los jueces que estaban conociendo lo causa resolvieron en la audiencia y se dieron cuenta de la inconsistencia de los testimonios de la madre, el Tribunal dice que se está encubriendo a otra persona porque ella lava la ropa interior del niño y las sábanas y se está buscando inculpar a otro, hay ocultamiento de datos por parte de la madre. De acuerdo a la psicóloga, el niño todavía tiene problemas psicológicos, es decir puede incluso seguir viviendo con su abusador; la madre del menor por su limitada cultura y educación es muy susceptible de cambiar su criterio o testimonio, incluso en un inicio se investigó al señor Carlos Manuel Escanta de la Cruz en cuyo testimonio indico: "Una vecina que me comentó que yo le he estropeado a mi esposa y me dijo que mi esposa y la tía que con los policías me querían coger y luego llegaron a mi casa" supuestamente los policías estaban buscándoles al señor. La Dra. Romolerux, al momento de la evaluación le refirió el nombre "Noe", probablemente podría ser Papá Noel, la persona que le da caramelos y mencionó a "Calucas" que sería Carlos Manuel Escanta, es decir, posiblemente el niño aún podría seguir viviendo con el agresor. Sin embargo puede existir otro agresor, dentro del testimonio de la Dra. Natacha Victoria Villacreses Villalva, perito acreditada por la Fiscalía quien realizó una evaluación psicológica al menor, se presenta un testigo que indicó que el día de los hechos "hacía referencia a que el día de los hechos su padrastro Calucas que es el papá de Alan, que no le quiero al Calucas" y añade, "Vino el hermano del Calucas, sacó el pene, me besó el rabo y me hizo el amor", conforme lo indicaron los testigos, el niño tenía un lenguaje muy limitado y estas frases son complicadas para que las diga y si lo dijo sería el hermano de Calucas, el señor Luis Alberto Escanta es hermano del señor Carlos Manuel Escanta de la Cruz, por lo tanto existe un claro error judicial. Existen testimonios falsos por ser contradictorios, existe el testimonio de la señora María Santán Gunsha quien por estar presionada por su esposo dice cosas que no son verdad, que no tienen consistencia, que las hemos corroborado con los profesionales que estuvieron en esta audiencia y que a la fecha están en constante relación con el menor. El testimonio del señor Carlos Manuel Escanta de la Cruz, no tiene peso suficiente para condenar a una persona, el mismo indica que la cama está al lado y hubiese llorado ante el hecho, por defender a otras personas se inculpó al defendido, que no tiene nada que ver en el ilícito, existen aseveraciones para inculpar al defendido, con estas aclaraciones se deja constancia que la Dra. Cecilia Armas tenía dudas sobre la culpabilidad del defendido, lastimosamente para el recurso de revisión se requiere prueba nueva, y por eso de oficio

los jueces solicitaron que se practiquen pruebas de ADN y al señor Carlos Manuel Escanta de la Cruz para verificar la existencia de los residuos de los flujos para compararlos pero hubiera sido inoficioso que se practique nuevamente el examen porque es ilógico re victimizar al niño y por eso la defensa al considerar normas y derechos no accedió a realizar estas pruebas, porque sería revictimizar al menor. En el testimonio de la psicóloga se indica que el niño solo refirió a Noe y Calucas, pero la perito sin embargo, hace conjeturas a la ligera y hace que se sentencie a un inocente. La Dra. Sara, indicó que ella atendía al menor, que siempre venían con dolores de las piernitas, posiblemente era gripe aunque no había fiebre como lo dicen los testimonios de la audiencia de juzgamiento. La Fiscalía pregunta a la testigo que dónde se encontró la fecha que se cometió el ilícito, claramente a esa fecha, 25 de diciembre del 2009, la institución estaba cerrada, el 25 de diciembre no se cometió el ilícito, por lo tanto no estaba en ese lugar, esa no es la fecha del cometimiento del ilícito, porque el perito médico legal, Dr. Freddy Germán Herrera Almagro, refiere en su informe que fueron heridas con anterioridad. Hay demasiada inconsistencia en los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, hay varias dudas. Respecto al testimonio de la Dra. Consuelo Leonor Chacón Montenegro, funcionaria de la Fundación donde el niño estudia, ella indica que el 14 de octubre del 2009 ya habían empezado a notar cambios en el menor conforme los testimonios, desde allí habían problemas con el menor, quien quería verles las partecitas a los niños, entraba a casas de los niños y trataba de tener acercamientos sexuales con los demás niños y por eso los profesores intervenían inmediatamente, que tenía demasiada información sexual, es decir que el cometimiento del delito no fue en esa fecha, es decir el 25 de diciembre, por eso el responsable no fue el defendido por lo que debe considerarse que el defendido Luis Alberto Vargas Obando no es el responsable, por lo que se solicita que en honor a la justicia se acepte el recurso ratificando el estado de inocencia del defendido". (foja 61. 61 vta. y 62. Juicio nro. 236-11. Sala Especializada de la Penal. Corte Nacional de Justicia). **CUARTO. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. a).- ASPECTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REVISIÓN.** Atendiendo al bloque de constitucionalidad que sustenta el Recurso de Revisión, es necesario recordar que "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución" (art. 11, num. 9 de la Constitución de la República). Siendo la Administración de Justicia una de las cinco funciones del Estado, es obligación ineludible de éste Tribunal garantizar el respeto y la materialización de los derechos contenidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales sobre Derechos Fundamentales, suscritos y ratificados por el Ecuador. Así lo dispone el primer inciso, numeral 3, del art. 11 de la Carta Magna, que señala: "**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**". Advirtiendo además, en el tercer inciso de la misma

norma, 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”**. Precautelarse a toda costa la supremacía de los derechos fundamentales, en particular, y de las normas constitucionales, en general, es la esencia misma del **Estado Constitucional de derechos y justicia**, cuyo **modelo penal garantista** se fundamenta en la firme convicción de que **“el Derecho, sus normas y procedimientos, no son una fábrica de eticidad, sino, al contrario, aquello que hay que juzgar desde la óptica externa que es la ética de los derechos humanos”**¹. Solo en la medida que la potestad de administrar justicia se guíe por la ética externa de los Derechos Humanos será posible cumplir a cabalidad con lo prescrito en el art. 169 de la Constitución, que dice: **“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 hará efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”**. Si las normas procesales deben hacer efectivas las garantías del debido proceso, tal como manda la Constitución en el ya referido art. 169, es evidente que la facultad que tiene toda persona a **“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”**², debe ser garantizada celosamente por el Estado. Así lo dispone la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su art. 25, que dice: **“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”**. Por su lado, el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita ella de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala: **“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”**. Norma que guarda relación directa con la establecida en el numeral 2, del art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en la parte pertinente dispone: **“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se**

presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. De lo que se infiere que la sentencia, como resultado del proceso penal, no solo debe determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada del cometimiento de una infracción, sino que tal determinación debe ser obtenida **“conforme a la ley”** por parte del Tribunal. Es decir, la sentencia condenatoria que destruye el principio de **presunción de inocencia** en virtud del juicio que se forma el juzgador a partir de la valoración de la prueba, **no debe contener error judicial alguno**. En caso de existir alguno, se trata de una sentencia injusta y el sentenciado tiene el derecho de recurrir el fallo ante el superior. Para lograrlo se encuentra establecido en nuestra ley procesal penal el Recurso de Apelación y el de Nulidad. Empero, cuando se trata de un fallo o **sentencia condenatoria que ha pasado ya por autoridad de cosa juzgada**, el Estado garantiza al sentenciado la posibilidad de recurrir ante la Corte Nacional de Justicia a través del Recurso de Revisión. **Todo con el propósito de que el sistema procesal sea un auténtico medio para la realización de la justicia**. El recurso de revisión es un **medio de impugnación extraordinario** que afecta a la Institución de la Cosa Juzgada. Busca la invalidación de una sentencia dictada por uno de los Tribunales de Justicia de la República y puede interponerse en cualquier tiempo, luego de haberse ejecutoriado la misma. Pero se trata de un recurso limitado, pues su fundamentación debe ceñirse a una de las causales contempladas en el **art. 360 del Código de Procedimiento Penal**, estas son: **1)** Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta; **2)** Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas es errada; **3)** Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; **4)** Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó, **5)** Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna, y **6)** Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Salvo este último caso, el recurso deberá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho en la sentencia. El maestro **Claus Roxin** acerca del recurso de revisión señala que: **“Sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada... la paz jurídica, solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión, representa el caso más importante de quebrantamiento de la Cosa Juzgada en interés de una decisión materialmente correcta”**³. **Jorge Zabala Baquerizo** en su Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo X, manifiesta que: **“El recurso extraordinario de revisión**

¹ PRIETO Sanchís, Luis “Garantismo y Derecho Penal”, Ed. Lustel 1ra edición, España, 2011, p. 27.

² Literal m), numeral 7, del art. 76 de la Constitución de la República.

³ ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2003, p. 220

es un modo de impugnación de carácter extraordinario especial, con efecto devolutivo pero sin efecto suspensivo, que tiene por objeto una sentencia condenatoria penal firme que se considera errada, a base de alguno de las clases de error previstas expresamente por la Ley; con la finalidad de obtener la revocatoria de dicha sentencia simplemente absolutorio, o por una sentencia rehabilitadora post mortem”⁴. Hay que advertir que en el Recurso de Revisión no cabe una nueva valoración de pruebas ya vertidas en el juicio, sino la valoración de **nuevas pruebas** que es obligación del recurrente incorporarlas al proceso conforme a derecho. Exceptuándose de esta obligación, aquel recurso que se fundamente en la causal sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, **Giovanni Leone** explica que “la revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas (en tal caso, la cosa juzgada quedaría totalmente desterrada), sino por efecto de la sobrevivencia (integral o integrante) de nuevas pruebas”. Criterio que comparte **Domingo García Rada** en su **Manual de Derecho Procesal Penal**,⁵ donde afirma que la revisión “ataca la santidad de la Cosa Juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias”. Por esta razón, un amplio sector de tratadistas considera que el Recurso de Revisión es un **proceso contra otro proceso**. La institución de **Cosa Juzgada** (inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia) es uno de los pilares sobre los cuales se erige el Estado de Derecho. Sin embargo, en el **modelo penal garantista** el poder punitivo del Estado constitucional está limitado por los Derechos Fundamentales. Gracias a este derecho sustancial es que el Recurso de Revisión ataca a la cosa juzgada a fin de garantizar el **derecho a la seguridad jurídica** de los ciudadanos y ciudadanas; mismo que se encuentra consagrado en el **art. 82** de la Constitución: “**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**”. El error de condenar a una persona inocente debe ser revisado y enmendado incluso post mortem, esta revisión a un error insostenible frente a la idea de justicia no debilita al Estado Constitucional de Derecho, más bien lo fortalece y legitima. **b).- SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO.** LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO ha interpuesto el recurso de revisión de conformidad a las causales establecidas en los numerales 3 y 4 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, texto legal que dice: “**Art. 360. Causas. Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de**

Justicia, en los siguientes casos: 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados 4. Cuando se demostrar que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó”. El último inciso del art. 360 del código adjetivo penal establece que: “**Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada**”. (subrayado es nuestro). En la sentencia emitida por el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de fecha 22 de febrero del 2011, a las 10h00, se condenó a Luis Humberto Vargas Obando como autor del delito de violación cometido en contra del niño NN, hecho que habría ocurrido el **25 de diciembre del 2009**, cuando el acusado a pernoctado en la casa de la madre y del padrastro del niño, pues es amigo de la familia. Hechos acaecidos en la Comuna, cantón Quito, Provincia de Pichincha. **a).**- Entre los elementos probatorios que fundamentan el fallo del Tribunal A quo⁶, encontramos el testimonio del Dr. Freddy Germán Herrera Almagro, quien realiza el examen médico legal en la víctima el **26 de diciembre del 2009**, y determina la existencia de laceraciones antiguas, a decir del médico **más allá de cinco días**, en la región anal, lesiones producidas por la introducción de objeto vulnerante. El testimonio de María Esperanza Satán Gunsha, madre de la víctima quien manifiesta que el día **25 de diciembre del 2009**, Luis Humberto Vargas Obando ha dormido en su casa y que al día siguiente su hijo le ha dicho “**el hermano del Calucas se saca el pipi y me pone en el rabito, me hace cuantas veces**” y que no avisara caso contrario **Papa Noel** no llegaría con los juguetes. Que **Calucas es el apodo de su esposo Carlos Escalanta de la Cruz**. El testimonio de Carlos Manuel Escalanta de la Cruz, padrastro del niño, quien manifiesta que el día **25 de diciembre del 2009**, Luis Humberto Vargas Obando ha dormido en su casa y que la víctima ha pensado que Vargas Obando es su hermano, y que le ha dicho que éste le ha pasado el pene y que no le diga nada a la mamá. El testimonio de la **Dra. Consuelo Leonor Chacón Montenegro**, psicóloga quien manifestó que dirige el Departamento de Psicología de la escuela San José de la Comuna, que conoce a la víctima desde hace tres años, que la víctima a **finales de octubre del 2009**, fue reportado por su profesora pues tenía algunos cambios en su comportamiento y tenía información sexual, y que “**las primeras ocasiones la enfermera me dijo que la mamá había llegado con el niño cargado y que no podía caminar y que tenía muestras de sangre en el calzoncillo del niño...pero en enero cuando regresamos de vacaciones la madre dijo que quería retirar al niño de la educación, la madre me comento que (a) su hijo le abusaban sexualmente...**”. Que su compañera **Daniela Romolerux trabajó con la víctima**. El testimonio de la doctora **Natacha**

⁴ ZABALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Editorial Edina, Guayaquil, 2007, Tomo X, p.230.

⁵ GARCIA Rada, Domingo, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editorial y Distribuidora de Libros S.A” Lima, 1984, p. 346.

⁶ Considerando sexto, sentencia del Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, fojas 77 a 84 del Juicio Nro. 6-11 del mentado Tribunal.

Victoria Villacreces Villalba, psicóloga clínica quien realizó la evaluación psicológica al niño y manifestó: *“él hacía referencia que el día de los hechos su padrastro Calucas (Carlos) es el papá de A.J. que no le quiero al Calucas, vino el hermano del Calucas, sacó el pene, me besó el rabo y me hizo el amor, decía muchas veces en la noche me hace el amor y mi mamá estaba dormida con el Calucas, el niño refirió que se llamaba Luis, que se fue y que no va a volver...trabajamos con técnicas lúdicas y se observó con el títere que el grande besaba en la parte genital, me despertaba, decía me besó el pipi y en el rabito me metió...el títere grande representaba a Luis... había una confusión del niño que Luis era hermano del padrastro y con la exploración nos dimos cuenta que no era el hermano sino un amigo que visitaba la casa... el niño presenta...agitación de tipo sexual, fijaciones emocionales...el niño siempre que había niños hacía juegos sexuales...comportamiento sexualizado...el niño aclaraba que era Noel que es Luis...”* (negritas son nuestras). **b).**- La nueva prueba aportada por el recurrente constituye el testimonio de la **Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez**, ella indicó a este Tribunal que trabaja en la Fundación José Kenteny desde el 2009 como psicóloga de la institución, que es Terapeuta Familiar Sistémica en la parte clínica, que cuando conoció sobre la situación del niño NN era su primer año de trabajo, que la mamá del niño vino preocupada porque él le había dicho que **“le haga el amor por la noche”**, entonces se necesitaba una evaluación del niño que tenía 5 años en ese tiempo, “por eso decidimos hacerle una prueba lúdica. **Sacamos los muñecos sexuales para colocarlos frente a los niños para ver con qué muñecos quieren jugar y con cuál de ellos se identifican e identifican al abusador**, el niño cogió un muñeco que representaba a él mismo y tomó el otro muñeco al que le bajó el pantalón y le introdujo el pene en el potito del muñequito que representaba a él mismo con lo que, se comprueba que hubo abuso sexual, **el lenguaje del niño en esa época es muy corto, tiene un montón de fallas, por eso era difícil entender quién era la persona que abusaba de él, pero refiere un nombre “Noé”, podría ser que se refiere a “Papá Noel” porque la persona le daba caramelos o cosas así, a él identifica como su abusador, y menciona a Caluca pero nunca coge ningún muñeco para decir que sea Caluca y que le hace algo...solo me dijo esos dos nombres”**. (negritas son nuestras). La Sra. Sara Beatriz Cárdenas Vergara manifestó ante éste Tribunal que **dentro de sus actividades conoció el caso y qué conoce que lo refirió Consuelo Leonor Chacón en la audiencia de juicio, que ella es testigo de aquellos hechos**. Así refiere que no conocía sobre la información de carácter sexual dada por la víctima a la Dra. Chacón, a las preguntas del abogado del recurrente dice *“¿Dice que por varias ocasiones la mamá había llegado con el niño cargado y no podía caminar? Sí. P: Dentro del testimonio de la doctora, ¿recuerda al niño NN? Sí recuerdo porque la fecha está anotada fue el 14 de octubre de 2009. Recuerdo que llegó la profesora del niño a la enfermería a reportarme que el niño no podía caminar, que está llorando y muy*

irritable, que refiere un fuerte dolor en las piernas, procedo a hacer un examen superficial para ver si el niño no se cayó, no se podía hacer un seguimiento, como le dolían las piernitas no podía hacer más que darle un Buprex, le ponemos a reposar al niño, no tengo detalles específicos pero recuerdo que la madre estaba detrás del niño y no dijo nada estaba callada. El Dr. José García Falconi pregunta a la testigo: *“¿Dónde estaba el 25 de diciembre del 2009? y ella responde que en su casa, era Navidad”*. **c).**- Una vez analizadas las nuevas pruebas incorporadas por el recurrente al momento de fundamentar el recurso de revisión, encontramos que la **Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez**, fue la primera profesional que trató al niño NN, ello se respalda en lo dicho en juicio por la Dra. Consuelo Leonor Chacón Montenegro. Del testimonio rendido ante este Tribunal por la Dra. Romolerux, se desprende que trabajó en base a las técnicas lúdicas para tratar a la víctima y que del resultado de ellas pudo determinar que el niño hacía referencia a **“Noe” y a “Caluca”**, como nombres de sus posibles atacantes, sin que con ello se presuma la participación de Luis Humberto Vargas Obando en el delito por el cual se le acusó; empero la **Dra. Natacha Victoria Villacreces Villalba** quien dentro del proceso trató **con posterioridad** a la víctima, a pesar de haber utilizado las mismas técnicas lúdicas, sacó otras conclusiones ya transcritas con anterioridad y aquellas son fundamento principal para haber determinado la responsabilidad del ahora recurrente por parte del Tribunal A quo. La testigo Sara Beatriz Cárdenas Vergara, con su testimonio confirma el hecho de que el niño NN, llegó al departamento psicológico a cargo de Consuelo Leonor Chacón Montenegro, **el 14 de octubre del 2009**, con fuertes dolores en las piernas, circunstancia que coincide con lo dicho por Chacón en juicio, quien refiere que además llegó con el interior manchado con sangre. **Recordemos que la violación presuntamente se produjo el 25 de diciembre del 2009**. Dadas las circunstancias del ayuntamiento carnal, el delito de violación es uno más de aquellos denominados ocultos, por ende la existencia de prueba directa que determine la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado es poco probable, más aún cuando se comete en contra de un niño. **Es por ello que juegan un rol fundamental los indicios y sobre todo la prueba material, que deberá ser incorporada al juicio, estas son las experticias médicas y psicológicas realizadas a la víctima, y sobre las cuales el Juzgador tiene la obligación de analizarlas a detalle**. Se debe principalmente tenerse a las primeras expresiones dadas por el menor apenas cometido el delito, y por ende **el examen psicológico hecho por la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez** en la víctima es un elemento fundamental que **constituye nueva prueba** pues al ser la primera profesional que trató a la víctima, sus conclusiones son determinantes, y en ellas no encontramos indicio alguno que nos conduzca a determinar la participación de Luis Humberto Vargas Obando en el delito de violación cometido el 25 de diciembre del 2009 en contra del niño NN, lo dicho por la mentada profesional se

contrapone por demás con las conclusiones de la perito Dra. Natacha Victoria Villacreces Villalba, quien trató con posterioridad a la víctima, es entonces evidente que la **nueva prueba ha atacado un elemento probatorio fundamental introducido en juicio y que sirvió de base para emitir la sentencia condenatoria en contra de Luis Humberto Vargas Obando**. A ello se suma el testimonio de la testigo Sara Beatriz Cárdenas Vergara, del cual se infiere que el menor estaba sufriendo ataques o era víctima de circunstancias relacionadas con los hechos que motivaron el inicio del proceso **desde el 14 de octubre del 2009**, fecha en que el niño llegaba a hacerse atender con dolores de piernas, y según se desprende del testimonio de Consuelo Leonor Chacón Montenegro, del cual la nueva testigo hace referencia, incluso el menor tenía manchas de sangre en su ropa interior. La fecha en que se dice se cometió el delito el 25 de diciembre del 2009. Todo ello sin lugar genera dudas en cuanto a la responsabilidad del recurrente en la violación cometida en contra del niño NN, por ello en apego a lo determinado en el **art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República**, es necesario revisar la sentencia pues la nueva prueba ha logrado enervar el principio de la cosa juzgada en relación a lo determinado en el **art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal**. Por las consideraciones antes expuestas, 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**, por unanimidad, de conformidad con el **art 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal** se procede a revisar la sentencia del Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de fecha 22 de febrero de 2011, las 10h00, debido a que se ha comprobado la materialidad de la infracción pero no la responsabilidad de Luis Humberto Vargas Obando, por lo tanto se revoca la sentencia recurrida y **SE RATIFICA LA INOCENCIA DE LUIS HUMBERTO VARGAS OBANDO**, se ordena su inmediata libertad y la reparación integral de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República. Actúe la Dra. Martha Beatriz Villarreal Villegas, Secretaria Relatora Encargada de la Sala con acción de personal nro. 2692-DNP-MY de fecha 23 de julio del 2012. **Notifíquese y cúmplase.**

f) **Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.**

— — — — —
 VI

Juicio No. 2011-0814

Jackson Wellington Gilser Jaramillo, Comisario de Policía Nacional del cantón Balao, presenta acusación particular en contra de la señora Miriam Lastenia Gonzabay Vera por el delito de injurias.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, procede a estudiar el fallo recurrido desde dos aristas. En primer lugar, la vedada prejudicialidad sostenida por el aquo y adquem. De ello, concluye la Sala que en el fallo de forma clara que se ha violado el artículo 44 de la Ley del Servicio Público, así como el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, pero el recurrente no lo expuso en su fundamentación del recurso; ni tampoco ha mencionado en cuál de las causales del artículo 349 *ejusdem* se encuadran dichas violaciones; al ser evidentes, es obligación del Tribunal de Casación el subsanar dichas omisiones hechas por el impugnante, con el fin de corregir los errores de derecho en los cuales han incurrido, el *a quo* como el *ad quem*, pues conforme al principio de inescindibilidad, que opera en el recurso de casación con respecto a las sentencias de instancia, éstas, al momento de resolverse deben ser tomadas como una sola, tanto más que el *ad quem* ha ratificado en todas sus partes la sentencia del *a quo*. Seguidamente la Sala analiza que no es aplicable la institución del doble conforme, alegada por el recurrente, toda vez que ella entraña la ratificación de un fallo de condena por parte de un tribunal superior. Circunstancias que en el caso de marras no son coincidentes.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO NOVENO DE GARANTÍAS PENALES DEL GUAYAS. Guayaquil. Martes 13 de diciembre del 2011. Las 09h46.

VISTOS: El abogado Jackson Wellington Gilser Jaramillo, Comisario de Policía Nacional del cantón Balao, se presenta y manifiesta que, el día 6 de abril del 2011, a las 9h34, MIRIAM LASTENIA GONZABAY VERA, ha presentado una comunicación en la Gobernación del Guayas, dirigida al máximo personero, mediante la cual pide a ese alto funcionario, que realice una investigación de sus actuaciones por considerarlo corrupto, diciendo que “existe 16 denuncias en contra de este funcionario, el compareciente,” pidiendo que se le destituya del cargo, estima el compareciente que dichas expresiones constituyen injuria, motivo por el cual, presenta contra la mencionada MIRIAM LASTENIA GONZABAY VERA, acusación particular, para que, en sentencia, sea condenada por el delito de injuria, tipificado en el art. 489, último inciso, y sancionado en el art. 491 del Código Penal; por sorteo, conforme obra de fojas siete (7) del proceso, se radicó la competencia de esta causa, en esta Judicatura; y, luego que el querellante hubiese reconocido su acusación particular (fs. 10), se aceptó la querrela al trámite y se dispuso que se cite a la querellada, citación que se efectuó, en persona, el día 23 de junio del 2011 (fs. 25), quien comparece a juicio, mediante escrito (fs. 27 a 30) en el cual contesta la querrela, reconociendo que presentó la denuncia, supuesto escrito injurioso,

mencionado por el querellante; indica la querellada que en ningún momento existió el animus injuriandi, ya que, su intención simplemente era hacer conocer a la autoridad máxima de la provincia actos incorrectos del inferior (el querellante), cumpliendo así un deber de ciudadana; alega, además, prejudicialidad administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Posteriormente, se concedió a las partes procesales plazo para la presentación de pruebas; se convocó y realizó la audiencia final (fs. 86 a 88), en la cual, el querellante formalizó su acusación y la querellada la contestó, prácticamente lo hicieron en los mismos términos constantes tanto en la querrela como en la contestación iniciales del proceso. El estado del proceso es el de resolver; y, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido porque se han cumplido todas las solemnidades legales, especialmente las previstas en el Capítulo II (Procedimiento de acción penal privada), del Título V (De los procedimientos especiales), del Libro IV (Etapas del proceso), del Código de Procedimiento Penal; y, **SEGUNDO:** De la revisión del expediente contentivo del sumario administrativo, cuya fotocopia certificada (fs. 44-76), instaurado en la Gobernación contra el actual querellante por la denuncia presentada por la actual querellada, se observa que lo último actuado, es el informe de la Lcda. Otilia Álava Zambrano, Jefe de la Unidad de Administración del Talento Humano-E, dirigido al Gobernador de la Provincia, en el cual expone su "OPINIÓN" a ese alto funcionario, en el sentido de que debe desecharse la denuncia, a fin de que adopte la resolución correspondiente, resolución que debe deducirse que no ha sido expedida, por no constar en la fotocopia certificada del expediente, emitida en agosto 16 del 2011; por consiguiente, el sumario administrativo no se encuentra agotado: Falta el pronunciamiento del Gobernador. Por lo expuesto, el suscrito Juez, RESUELVE: **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, declarar sin lugar la acusación particular, la misma que no se califica de maliciosa ni temeraria. Sin costas **Léase y notifíquese.**

f.) **Dr. Aquiles Dávila Gómez.**

APELACIÓN

Juicio nro. 2012-0139

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIO Y TRÁNSITO. Guayaquil. Miércoles 11 de julio del 2012. Las 17h20.

VISTOS: Para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto a fs. 107 a 110, presentado por el Ab. Jackson Wellington Gilser Jaramillo, de la sentencia emitida por el Juez Noveno de Garantías Penales del Guayas, quien declara sin lugar la acusación particular deducida por el hoy recurrente, la misma que no la califica de maliciosa ni temeraria; se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente en virtud del

sorteo de Ley constante en la instancia; sí como por lo establecido en la primera parte del artículo 345 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 1 del art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial; **SEGUNDO:** No se observa vicio u omisión que pueda acarrear la nulidad del proceso, por lo que declara válido lo actuado; **TERCERO:** El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro del término legal y reúne los requisitos establecidos en el art. 344 y 345 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es viable o admisible; **CUARTO:** Cumpliendo lo dispuesto en el art. 345 del Código de Procedimiento Penal (de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el S.R.O. nro. 555, del martes 24 de marzo del 2009), se realizó la Audiencia Oral, Pública y Contradictoria, el 2 de julio del 2012, a las 10h00, en la que el abogado del recurrente, a efectos de fundamentar el recurso interpuesto, manifiesta que el Juez de Primer Nivel al momento de resolver declara sin lugar la querrela deducida por el actor, aduciendo de que existe un sumario administrativo el mismo que no se encuentra agotado, y que existe prejudicialidad administrativa; indica además que la querellada al comparecer ante el Juez acepta que en su escrito del 1 de julio del 2011, a las 15h56, pg. 3 ella dice que acepta el escrito presentado ante el Gobernador, es decir las injurias vertidas en contra del Ab. Jackson Wellington Gilser Jaramillo, por tal razón impugna dicha sentencia; **QUINTO:** Revisados los autos, se realizan las siguientes observaciones: **a)** De fojas 4 a 6 consta acusación particular presentada por Jackson Wellington Gilser Jaramillo contra Miriam Lastenia Gonzabay Vera; quien a decir del querellante, el 6 de abril del 2011, en carta suscrita por la querellada, dirigida al Gobernador de la Provincia del Guayas, al referirse a su persona manifiesta textualmente "...Señor Gobernador, el derecho al trabajo se encuentra establecido en nuestra Constitución, y lo único que deseo como mujer es continuar trabajando en mi establecimiento, y que se inicie una investigación contra este mal funcionario, y que sea destituido de su cargo, ya que nuestro presidente entre sus preceptos quiere desaparecer la corrupción pero estos malos elementos son una mala imagen para este gobierno, ya que existe 16 denuncias en contra de este funcionario..."; **b)** De fojas 1 y vta. consta el escrito al que se hace referencia en la acusación particular, del cual se desprende que la hoy querellada Miriam Lastenia Gonzabay Vera, solicita al señor Gobernador de la Provincia del Guayas, una investigación contra el Ab. Jackson Gilser Jaramillo, Comisario de Policía del cantón Balao, en torno a los hechos que denuncia, solicitando su destitución; **c)** De fojas 44 a 46 consta criterio emitido por la Lcda. Otilia Álava Zambrano, Jefe de la Unidad de Administración del Talento Humano-E, quien es de la opinión de desechar "...la denuncia presentada por la señora Miriam Lastenia Gonzabay Vera, al comprobarse de manera documentada que el local que consta de bebidas denominado El Beso, ubicado en las calles 24 de julio y Argentina del cantón Balao, infringe las normas legales vigentes..."; **d)** De fojas 48 a 76 consta actuaciones procesales del expediente administrativo iniciado por

la denuncia presentada en la Gobernación de la Provincia del Guayas, por la querellada Miriam Lastenia Gonzabay Vera, no observándose que en el mismo se haya dictado resolución alguna; e) De fojas 86 a 88 consta acta de la audiencia final celebrada dentro del presente proceso ante el Juez Noveno de Garantías Penales del Guayas, en la cual el querellante formalizó su acusación particular, y cada parte procesal por intermedio de sus patrocinadores expusieron sobre los fundamentos de su querrela el acusador; y sobre la contestación dada a la querrela, el acusado; **SEXTO:** En el presente caso, este Tribunal considera necesario mencionar el concepto de prueba suficiente, que trae la Doctrina Penal: “La suficiencia de la prueba debe ser entendida como su aptitud para formar la convicción judicial, como finalidad de la misma. La doctrina venía utilizando, tradicionalmente el concepto de prueba suficiente, para referirse aquella prueba que conseguía disipar en el juzgador todas las dudas razonables en orden a la culpabilidad del procesado. Prueba suficiente y prueba convincente aparecen, pues, como conceptos sinónimos”. La motivación va de la mano con una aplicación adecuada de la sana crítica, pues, más que otra cosa, implica que, si bien el juez tiene plena libertad para valorar las pruebas y considerar qué hechos asume probados y cuáles no, los límites de esa discrecionalidad se subsumen en la obligación de justificar, de manera racional y coherente, los motivos que sustentan y explican por qué se considera probado determinado hecho. Situación que llevamos a la presente causa, garantizando las normas del debido proceso y los principios de publicidad, contradicción, oralidad, intermediación, concentración y defensa bases del sistema acusatorio oral. Por las consideraciones que anteceden esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, al no constar justificado que la querellada haya encuadrado su conducta en el delito tipificado en el último párrafo del art. 489 y sancionado en el art. 491, ambos del Código Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, confirma la sentencia subida en grado. Ejecutoriada la presente resolución remítase el expediente al juzgado de origen para los fines legales consiguientes. **Publíquese y notifíquese.**

f.) **Ab. Geny Peralta Chávez, Ab. Martha Chica Veliz, Ab. Ginger Mendoza Córdova, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, 13 de junio de 2013. Las 10h30.

VISTOS: El ciudadano Jackson Wellington Gilser Jaramillo, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 11 de julio de 2012, a las 17h20, la cual confirma en todas sus partes el

fallo dictado por el Juzgado Noveno de Garantías Penales de dicha provincia, con fecha 13 de diciembre de 2011, a las 11h25, en el cual se ratifica el estado de inocencia de Miriam Lastenia Gonzabay Vera. Por el sorteo realizado, le ha correspondido conocer del presente recurso a este Tribunal de Casación, de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la Doctora Gladys Terán Sierra como Jueza Ponente, y la Doctora Ximena Vintimilla Moscoso y Doctor Merck Benavides Benalcázar, como Juezas y Juez Nacionales, miembros del Tribunal; por lo que, habiéndose agotado el trámite legal pertinente y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **1.- COMPETENCIA.** Este Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver el recurso de casación, conforme a lo dispuesto en 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. Este recurso ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354, del 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.** De la querrela presentada por Jackson Wellington Gilser Jaramillo, se ha llegado a conocer que ha venido ejerciendo las funciones de Comisario de la Policía Nacional del cantón Balao; desde el mes de julio de 2010; que tal trabajo lo ha realizado con seriedad y honestidad, ganándose un buen nombre entre los ciudadanos; que con fecha 6 de abril de 2011, a las 09h34, Miriam Lastenia Gonzabay Vera, ha dirigido una carta al Gobernador de la Provincia del Guayas, Roberto Cuero Medina, en la que ha indicado que el comisario Jackson Gilser es un mal funcionario, por lo que debería ser destituido de su cargo, pues ha causado una mala imagen para el gobierno, a lo que ha añadido que existen ya 16 denuncias en su contra; que a raíz de este incidente, ha perdido su buen nombre, lo que ha ocasionado, por parte de los ciudadanos, una serie de difamaciones en su contra de parte de los ciudadanos.

- Dentro del término para dar contestación a la querrela, la ciudadana Miriam Lastenia Gonzabay Vera, ha manifestado: Que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la querrela.

- Que ha existido en el presente caso una prejudicialidad administrativa para el inicio de la presente acción, pues se ha debido esperar a que se resuelva el sumario administrativo en contra del querellante, para luego proponer la acción penal privada, trámite que ni siquiera se ha iniciado todavía.

- Que no se ha tomado en cuenta que el artículo 83.8 de la Constitución de la República, impone la obligación a los ciudadanos de denunciar y combatir los actos de corrupción, lo cual hace que exista una excusa de responsabilidad penal a su favor, por haber estado su conducta autorizada por la ley.

- Que no se ha configurado el tipo penal de injurias calumniosas.

- Que no ha existido en la querrellada *animus injuriandi*, pues solo ha actuado con un ánimo de participación en la política de transparencia de los funcionarios del Estado.

- Una vez abierto el término de prueba, para la presentación de los documentos de los cuales las partes litigantes se sientan asistidos, se ha adjuntado al proceso lo siguiente: Copias certificadas del expediente de denuncia presentada por Miriam Lastenia Gonzabay Vera, e las oficinas de la Gobernación del Guayas, en contra de Jackson Mellington Gilser Jaramillo, en el cual consta como última actuación, el informe emitido por la licenciada Otilia Álava Zambrano, jefa de la Unidad de Administración del Talento Humano de la Gobernación del Guayas, quien ha concluido que la queja presentada debía ser desechada, puesto que se ha logrado comprobar que el prostíbulo y salón de bebidas denominado “El Beso”, ha infringido normas legales vigentes, lo cual ha llevado a que sea clausurado legalmente en varias ocasiones.

Con fecha 14 de octubre de 2011, se ha llevado a cabo la audiencia definitiva, en la cual, no se ha podido llegar a una amigable composición de las partes litigantes, las cuales tampoco han presentado medios de prueba de carácter testimonial en la precitada diligencia, concluyendo con la expedición de la sentencia que ha ratificado el estado de inocencia de la querrellada. **3.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. 3.1.- DEL RECURRENTE JACKSON GILSER JARAMILLO.** La defensora del recurrente, abogada María Arriaga Ramírez, al fundamentar su recurso de casación, en la audiencia oral, pública y contradictoria, y luego de hacer un recuento histórico de los hechos suscitados en el proceso, ha vertido los siguientes argumentos para sustentarlo:

- Que el juzgador de instancia ha utilizado como argumento para fundamentar su sentencia, el hecho de que el trámite administrativo propuesto por la querrellada, en contra del ahora recurrente Jackson Gilser Jaramillo, no ha concluido todavía, estando pendiente su resolución, cuando claramente se ha logrado extraer, de las pruebas presentadas en el actual proceso, que la denuncia realizada por Miriam Gonzabay Vera, ha sido archivada en virtud del informe presentado por Otilia Álava Zambrano, Jefe de la Unidad de Administración y Talento Humano de la Gobernación, conforme a lo dispuesto por el artículo 91, del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público.

- Que el artículo 66.18 de la Constitución de la República, consagraba el derecho al honor y al buen nombre, que en este caso había resultado vulnerados por Miriam Lastenia Gonzabay Vera, quien ha acusado al ahora recurrente de ser corrupto, mal funcionario y de intimidarla, además de haber indicado que en su contra se han propuesto otras 16 denuncias, cuestión que nunca ha llegado a probar.

- Que el *animus injuriandi* de la querrellada, se ha demostrado al haber propuesto una denuncia en contra de Jackson Gilser Jaramillo, y luego no haber podido probar lo que ha denunciado. **3.2.- DE LA QUERELLADA MIRIAM LASTENIA VERA GONZABAY.** En la audiencia oral de fundamentación del recurso de casación, el defensor público de la querrellada, doctor Wilson Caminos, al contestar la fundamentación del recurso efectuada por el impugnante, ha indicado lo siguiente:

- Que el recurrente ha intentado que se vuelva a valorar la prueba por parte del Tribunal de Casación, lo cual está vedado por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

- Que no se ha indicado la norma, ni la manera como cuál ha sido violado parte del ordenamiento jurídico vigente; así como tampoco se ha establecido, mediante qué causal del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se ha violado la ley.

- Que el recurrente se ha referido a la sentencia expedida por el *a quo*, cuando en realidad la sentencia impugnada ha sido la del *ad quem*.

- Que se ha producido el doble conforme de inocencia a favor de su defendida, Miriam Lastenia Gonzabay Vera, por lo que se debe declarar improcedente el recurso interpuesto. **4.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA. 4.1.- DEL RECURSO DE CASACIÓN.** El recurso de casación, es un mecanismo de impugnación con el cual se busca enmendar cualquier error, que en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas vigentes, haya hecho el juzgador de instancia al dictar su sentencia, ello, con el fin de precautelar la legitimidad del proceso judicial, como medio idóneo para resolver los conflictos intersubjetivos que se presentan en la sociedad, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 169 de la Constitución de la República, y constituyéndolo en “(...) un medio para la realización de la justicia (...)”. En efecto, el privar a una persona de su libertad, o inclusive el poner la presunción de inocencia que sobre ella recae en riesgo, son actividades que deben verse legitimadas mediante “(...) un proceso adecuado a la Constitución y a los tratados internacionales, esto es, observando una serie de principios penales (...)”¹, de los cuales el más importante es el de legalidad, que implica una actuación apegada a derecho por parte de los juzgadores, tanto en el ámbito adjetivo como en el sustantivo, que resulte en un indiscutible respeto a la seguridad jurídica, derecho que implica “(...) la certeza de todo ciudadano de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país, es decir, produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro.”² La casación entonces, tal como lo hacen todos los medios de impugnación, busca ser un “(...) remedio

¹ Carlos Alberto Chiara Días. El Recurso de Casación como Garantía del Debido Proceso, incluido en la obra Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales I. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina. Año 2001. Pág. 165.

² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 003-12-SEP-CC, de 8 de Marzo del 2012. Publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 718 de 6 de junio del 2012.

o vía apta a disposición de los sujetos procesales legitimados (...) que se sienten agraviados por determinadas resoluciones jurisdiccionales en razón de considerarlas contrarias al derecho de fondo o de forma (...)”³. Sus limitaciones vienen dadas por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; así, en cuanto a las providencias impugnables, en este caso, se restringen a las sentencias que resuelven los recursos de apelación, emitidos por las Cortes Provinciales de Justicia; y, respecto a las causales, cabe recurso de casación de un fallo en el que se haya violado la ley, ya sea por errores de derecho, vía omisión, pertinencia o interpretación. Así también, cabe recalcar, que en virtud de la potestad que le ha sido conferida al Tribunal de Casación, por mandato del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, inmanente al tipo de proceso que tiene a su cargo, en el cual lo que se pone en riesgo por parte del procesado, trasciende del simple interés pecuniario, para convertirse en una verdadera amenaza a su libertad; inclusive aunque la fundamentación del recurrente sea errada, este órgano jurisdiccional está facultado a casar la sentencia, de oficio, si se percata de algún error de derecho en la misma. **DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y LAS VULNERACIONES LEGALES INVOCADAS POR EL RECURRENTE.** **4.2.1** La primera alegación que debemos resolver y que notoriamente salta a la vista de este Tribunal de Casación, es la que hace el recurrente respecto de la fundamentación de la sentencia del *a quo*, quien ha tomado como argumento para dictarla el siguiente: “(...) De la revisión del expediente contentivo en el sumario administrativo (...) instaurado en la Gobernación contra el actual querellante por la denuncia presentada por la actual querellada, se observa que lo último actuado, es el informe de la Lcda. Otilia Álava Zambrano, Jefe de la Unidad de Administración del Talento Humano, dirigido al Gobernador de la Provincia, en el cual expone su “OPINIÓN”, a ese alto funcionario, en el sentido de que debe desecharse la denuncia, a fin de que adopte la resolución correspondiente, resolución que debe deducirse que no ha sido expedida, por no constar en la fotocopia certificada del expediente, emitida en Agosto 16 del 2011; por consiguiente, el sumario administrativo no se encuentra agotado: Falta el pronunciamiento del Gobernador.” Dicho argumento, ha sido replicado por el juzgador *ad quem*, al ratificar en todas sus partes la sentencia del tribunal *a quo*, y revela que ambos órganos jurisdiccionales consideran que es necesario el agotamiento de la vía administrativa, para poder iniciar por la vía penal, el delito de injurias. Ahora bien, nuestro posterior análisis, lo dedicaremos al estudio de esta supuesta “prejudicialidad” de lo administrativo a lo penal: Intentando enmarcar el caso concreto en esta posibilidad, esto es, la prejudicialidad, que

se presenta cuando dos causas “(...) están ligadas entre sí en tal forma, que la decisión de la primera es indispensable presupuesto para la de la segunda, y la ley prohíbe iniciar el juicio sobre esta mientras no concluya el primero (...)”⁴, debemos remitirnos al artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone, que sólo “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”. Del artículo citado, podemos extraer tres directrices indispensables para considerar a una cuestión como prejudicial: **1)** Cualquier circunstancia en la cual la acción penal esté supeditada a la conclusión de un juicio previo para ser incoada, debe constar en una norma jurídica con rango de ley o superior, circunstancia que además debe haberse consagrado de manera expresa; esto es, que refleje sin necesidad de ninguna interpretación posterior a la simple lectura de la norma, la voluntad del legislador de consagrar la prejudicialidad a un caso concreto; **2)** Los casos de prejudicialidad implican necesariamente la existencia de un proceso previo, el cual debe tener el carácter de jurisdiccional; es decir, en el cual intervenga un juez, como tercero imparcial que procederá a resolver un conflicto intersubjetivo. Este proceso, debe desarrollarse dentro del llamado fuero civil, haciendo la salvedad de que el Código de Procedimiento Penal, no utiliza este concepto para limitar la prejudicialidad a los ámbitos que recaigan sobre esa específica rama del derecho, sino para diferenciar al área penal, de todas las demás situaciones jurídicas que no implican el uso del poder punitivo del Estado; por ello, “Dentro de la frase “jurídico-civil” encerramos todas aquellas cuestiones extrapenales, sean de carácter civil propiamente, o mercantil, o laboral, o administrativo, etc.”⁵; y, **3)** La prejudicialidad implica no solo la existencia de un proceso previo, sino también su finalización mediante auto o sentencia firme que resuelva el asunto prejudicial. La firmeza de una providencia judicial implica que sobre ella no pueda interponerse posterior recurso para su revisión y equivale a calificarla como ejecutoriada. Por último, en los casos en los que se requiera exclusivamente de sentencia para tener como cumplida la prejudicialidad, en virtud de lo establecido por el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal⁶, dicho fallo deberá resolver sobre el fondo de la causa sometida a juzgamiento, por lo cual no sirven para cumplir con la prejudicialidad, las sentencias inhibitorias dictadas en procesos ajenos al ámbito penal. En el caso concreto, la norma jurídica supuestamente contentiva de la cuestión prejudicial, es el artículo 44 de la Ley del Servicio Público, la cual hace referencia al sumario administrativo, institución por la cual se

³ Carlos Alberto Chiara Días. Óp. Cit. Supra. Págs. 166, 167.

⁴ Devis Echandía, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2009. Pág. 608.

⁵ Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editorial Edino. Guayaquil, Ecuador. Año 2004. Pág. 86.

⁶ Artículo 41 del CPP.- “Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior. “. En este caso, al consagrar el efecto de cosa juzgada de la sentencia civil, necesariamente se hace referencia a un fallo que resuelve sobre el fondo del asunto.

intenta dar por terminada la relación laboral de un funcionario público; dicha norma, establece en su inciso tercero indica lo siguiente: "(...) De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes.". Del análisis del artículo citado, no se desprende que contenga prejudicialidad alguna para el caso concreto, pues en principio debemos hacer notar que la norma jurídica analizada no regula un proceso jurisdiccional, sino uno de ámbito administrativo, por lo cual no es capaz de generar prejudicialidad alguna. Ahondando en el tema, inclusive aceptando la descabellada posibilidad de que un procedimiento en sede administrativa pueda causar "prejudicialidad" a un proceso penal, debemos indicar, que en el caso que nos ocupa, las responsabilidades penales de las que habla la norma jurídica son aquellas que podrían devenir de la mala actuación de un individuo, en su desempeño como servidor público; es decir, se encuadrarían en tipos penales que tienen un sujeto activo calificado (delitos propios de función), para los cuales estaría prevista la supuesta "prejudicialidad", y no para las injurias calumniosas, delito juzgado en la presente causa, las cuales implican la falsa imputación de un delito determinado, hacia una persona determinada; y ni siquiera esta posibilidad es aceptable, pues el artículo 44 de la Ley del Servicio Público, en ningún momento dispone expresamente que será necesaria la finalización del sumario administrativo, para iniciar las acciones penales correspondientes, en contra del funcionario público del cual se presume responsabilidad en tal ámbito. Con base a lo expuesto, podemos afirmar que aunque el recurrente no ha mencionado de forma clara que se ha violado el artículo 44 de la Ley del Servicio Público, así como el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco ha mencionado en cuál de las causales del artículo 349 *ejusdem* se encuadran dichas violaciones; estas existen, y le corresponde a este Tribunal de Casación el subsanar dichas omisiones hechas por el impugnante con el fin de corregir los errores de derecho en los cuales han incurrido, tanto el juzgador *a quo* como el juzgador *ad quem*, pues conforme al principio de inescindibilidad, que opera en el recurso de casación con respecto a las sentencias de instancia, éstas, al momento de resolver el recurso de casación, deben ser tomadas como una sola, tanto más que el *ad quem* ha ratificado en todas sus partes la sentencia del *a quo*. Así, al haber utilizado el artículo 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público como un caso de prejudicialidad, los juzgadores de instancia la han aplicado indebidamente a un caso concreto que no contenía el supuesto de hecho de la norma; y al hacer esto, también han contravenido expresamente el texto del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, haciendo caso omiso a su contenido y directrices para establecer una circunstancia como prejudicial. Sin embargo, los errores de derecho menciona-

dos, si bien necesitan clarificación y un correcto pronunciamiento de parte de este Tribunal, no son idóneos para provocar que se case la sentencia recurrida, pues en virtud del principio de trascendencia de la casación, para que un error jurídico sea capaz de obtener la revocatoria del fallo impugnado, debe incidir en la decisión de la causa, de tal manera, que su falta provocaría un cambio importante en el pronunciamiento emitido, por lo que procederemos a explicar en líneas inmediatamente posteriores, la enmienda de estos errores de derecho, que pese a existir, no influyen en nada en la decisión que últimamente han tomado los juzgadores de instancia, de ratificar el estado de inocencia de la querellada. **4.2.2** El tipo penal de injurias calumniosas, tiene como bien jurídico protegido a la honra, entendida como la "Buena opinión y fama que la gente le otorga a alguien, en virtud de su reputación."⁷, la cual se ve vulnerada, tal y como lo describe el artículo 489 del Código Penal, cuando se realiza una "(...) falsa imputación de un delito (...)", pero para que dicha falsa imputación pueda considerarse como hecha, es necesario que en la misma se mencione a una persona determinada, ya sea por su nombre, o de cualquier otra forma en la que "(...) nadie se engañe respecto a la persona (...)"⁸ receptora de la injuria; y además, es imprescindible que la imputación sea realizada sobre un hecho delimitado "(...) de tal manera que no solamente se lo haya determinado en su especie, sino también que se haya fijado el acto que entra en la especie designada. (...)"⁹; esto es, que no basta con calificar a la persona calumniada como un delincuente, sino que a esto hay que añadir el hecho, especificado en tiempo y lugar, que se considera como delito. Sin estos elementos, la injuria no puede calificarse como calumniosa, ya que no puede tenerse a las afirmaciones del querellado, como falsas imputaciones de un delito. En el caso concreto, la sentencia del tribunal *ad quem*, hace referencia al escrito, supuestamente injurioso, presentado por Miriam Lastenia Gonzabay Vera, en los siguientes términos: "(...) Señor Gobernador, el derecho al trabajo se encuentra establecido en nuestra Constitución, lo único que deseo como mujer es continuar trabajando en mi establecimiento, y que se inicie una investigación contra este mal funcionario y que sea destituido de su cargo, ya que nuestro presidente entre sus precepto quiere desaparecer la corrupción, pero estos malos elementos son una mala imagen para este gobierno, ya que existen 16 denuncias en contra de este funcionario (...)". De estas expresiones, no puede concluir este Tribunal que en realidad existan injurias calumniosas vertidas en contra de Jackson Wellington Gilser Jaramillo, pues si bien la querellada lo ha calificado como mal funcionario, dicha expresión no constituye la falsa imputación de un delito hacia él; así también, si bien menciona que el Presidente de la República quiere desaparecer la corrupción, nunca ha calificado al querellante como corrupto, e

⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Primera Edición. Editorial Brosnac S. L. Madrid, España. Año 1992. Pág. 791.

⁸ Pérez Borja, Francisco. Apuntes Para el Estudio del Código Penal, Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. Año 2009. Pág. 154.

⁹ Pérez Borja, Francisco. Op. Cit. *Supra*. Pág. 154.

inclusive, aceptando el hecho de que estemos frente a una imputación indirecta, la querellada Miriam Gonzabay Vera, nunca ha descrito el hecho concreto, determinado en tiempo y lugar, por el cual considera al querellante como corrupto, por esta razón, le es imposible a este Tribunal de Casación, considerar configurado el tipo penal de injurias calumniosas, tornando por lo tanto en improcedente, el recurso de casación propuesto por Jackson Wellington Gilser Jaramillo.

4.2.3 En cuanto ha sido mencionada la institución del doble conforme por parte de la defensa de la querellada, cabe mencionar que dicha figura jurídica deviene de los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹¹, que le proveen al acusado de un delito, el derecho a interponer un recurso en contra de la sentencia que ha declarado su culpabilidad, con la finalidad de que un juez superior al que le condenó, revise este fallo para verificar si efectivamente ha sido dictada dentro de los parámetros legales y constitucionales. Cabe decir que este derecho, que se repite en los dos instrumentos internacionales de derechos humanos citados, se diferencia y distingue de aquel que se encuentra consagrado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República, pues el derecho a recurrir del que habla la Carta Magna, no implica, como muchos abogados lo han interpretado, la existencia de una segunda instancia, entenderlo de esa manera sería limitar su contenido; por el contrario, el correcto entendimiento de este derecho, nos hace vislumbrar que su cumplimiento se dará con el establecimiento en la ley, de diferentes tipos de mecanismos que hagan posible corregir errores o vacíos contemplados en la sentencia; así, la simple existencia de estos recursos en el ordenamiento jurídico (horizontales o verticales, ordinarios o extraordinarios), será suficiente para tener por acatada la disposición constitucional. Por otro lado, el derecho a recurrir del fallo, del que hablan los instrumentos internacionales es más específico, pues es una prerrogativa concedida tan solo al inculcado de un delito, y que tiene limitaciones, en cuanto a los recursos que se podrían considerar válidos para cumplir con su mandato, pues claramente mencionan que el procesado tendrá derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, es decir, que la disposición se cumplirá solo si el condenado puede interponer un recurso vertical ante su sentencia de condena. Partiendo desde esta premisa, diversos doctrinarios argentinos, Estado del que ha surgido la teoría del doble conforme con la sentencia condenatoria, como Julio B. J. Mayer, Fernando Días Cantón o Daniel Pastor, han propuesto la tesis, de que

conceder un recurso al fiscal, o al respectivo órgano acusador, en contra de una sentencia que ratifica el estado de inocencia del acusado, siempre que dicha aceptación sea hecha mediante providencia judicial, de la que ya no cabe recurso alguno, y siempre que no haya existido condena previa hacia el procesado, implica una vulneración a su derecho a recurrir, consagrado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹², y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pues "(...) en caso de transformar la absolución en una condena (...) será sin duda una condena de "primera instancia", es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento su "derecho al recurso", su posibilidad de reclamar la prueba de la doble conforme"¹³, opción que le sería negada si es una sentencia de casación la que realiza este cambio, por ser la Corte Nacional de Justicia el máximo organismo de justicia ordinaria del país. En estos términos, la institución del doble conforme serviría, tal como lo hace la *non reformatio in pejus*, como una limitación a la concesión del recurso, que en este caso vendría dada, por la incapacidad del procesado de recurrir ante una sede superior, de la sentencia que lo condena por primera vez. Esta situación, obviamente, conlleva la premisa de que el recurso de casación haya sido debidamente fundamentado por el órgano acusador, lo cual llevaría al Tribunal de Casación a la obligatoria situación de casar la sentencia; así también, exigiría el hecho de que el procesado no haya sido condenado en instancias anteriores del proceso, ya sea en la etapa de juicio, o mediante resolución del recurso de apelación. En el presente caso, no es aplicable la institución del doble conforme, ya que el recurso de casación propuesto por el querellado Jackson Wellington Gilser Jaramillo, no ha puesto en riesgo el estado de inocencia de la querellada Miriam Lastenia Gonzabay Vera, por cuanto no se ha encontrado debidamente fundamentado; así, al no resultar propicio para revocar la sentencia impugnada, en nada afecta al derecho a recurrir de la querellada.

5.- RESOLUCIÓN. Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal 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 artículo 358, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Jackson Wellington Gilser Jaramillo, por falta de fundamentación.

Notifíquese y Cúmplase.

¹⁰ (...) Toda persona inculpada de un 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:

(...) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (...)"

¹¹ "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 a lo prescrito por la Ley."

¹² (...) Toda persona inculpada de un 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:

(...) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (...)"

¹³ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Parte General. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Año 2004. Pág. 714.

f.) Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Ponente y Jueces Nacionales.

VII

Juicio nro. 1326-2012
Resolución nro. 699-2013

Juicio penal por violación de medidas de amparo, propuesto por Gladys Cecilia Navarrete Bastidas en contra de Galo Rodrigo Lucero Andrade.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia establece que se ha violado el art. 370 del Código de Procedimiento Penal, debido a que el tribunal ad quem hace una errónea interpretación de su texto, ya que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, según lo establece el inciso cuarto del artículo antes indicado, avocó conocimiento y dentro de la facultad de adoptar o no la pena como consecuencia del procedimiento abreviado, impuso al procesado una pena inferior a la sugerida por el fiscal. Si bien en el procedimiento abreviado se admite al hecho fáctico más no la responsabilidad, se denota claramente que la conducta del acusado se ajusta a lo establecido en el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, ya que el acusado no acató las medidas de amparo, ordenadas por autoridad competente, llegándose a establecer consecuentemente, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, por ende el tribunal ad quem hace una contravención expresa de su texto en el artículo antes mencionado.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Carlos Calahorrano R.

PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, miércoles 2 de mayo del 2012. Las 15h27.

VISTOS: El día 23 de noviembre de 2010, a las 16h00, la Comisaría Primera de la Mujer y de la Familia del Cantón Quito, emite una resolución ratificando las medidas de amparo de conformidad los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del art. 13 de la Ley contra la Violencia de la Mujer y la Familia a favor de la señora Gladys Cecilia Navarrete Bastidas en contra de Galo Rodrigo Lucero Andrade, ordenando la salida del señor Lucero Andrade de la vivienda común, la prohibición de acercarse al lugar de trabajo o estudio de la señora Gladys Navarrete, se le prohíbe el acceso a ella y además, se le impone la prohibición al señor Galo Lucero de que realice actos de persecución en contra de Gladys Navarrete, sea por sí mismo

o por terceras personas. Mediante denuncia escrita, llega a conocimiento de la Fiscalía que el señor Galo Rodrigo Lucero Andrade, ha incumplido de manera reiterada las medidas de amparo concedidas por la Comisaría a favor de la señora Gladys Cecilia Navarrete Bastidas. Una vez concluida la instrucción fiscal, se emite dictamen acusatorio en contra de Galo Rodrigo Lucero (fs. 1 y 2), el mismo que no es acogido por el Juez Segundo de Garantías Penales de Pichincha, quien dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y del procesado (fs. 3), por considerar que procesalmente, no se ha justificado fehacientemente la violación de las medidas cautelares, sino que aparece la reclamación de un derecho de propiedad. Por su parte la Fiscalía al no estar de acuerdo con el auto de sobreseimiento emitido por el Juez Segundo, interpone el recurso de apelación (fs. 5), el mismo que legalmente concedido, llega a conocimiento de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, quien acepta el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y REVOCA el auto de sobreseimiento provisional del proceso y del procesado emitido por el Juez Ad quo y en su lugar dicta AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra del señor GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE, por considerarle presunto autor del delito tipificado y reprimido por el art. 17 de la Ley contra la Violencia de la Mujer y la Familia (fs. 9 a 15). Una vez ejecutoriado el auto en mención y por sorteo de ley realizado el día 04 de abril del 2012 (fs. 20), se radica la competencia en este Tribunal, el mismo que avoca conocimiento de la causa el 09 de abril del 2012, las 16h18 (fs.21). El acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, el día 23 de abril del 2012, mediante escrito dirigido al Tribunal solicita la aplicación del procedimiento abreviado (fs. 31); por su parte, la Fiscalía consintió en la aplicación de dicho procedimiento, afirmando que el delito que se juzga está dentro de lo previsto en el art. 369 del Código de Procedimiento Penal (fs. 33). Una vez analizado el planteamiento y posición de las partes procesales, este Tribunal, aceptó la aplicación del procedimiento abreviado, toda vez que el mismo fue solicitado antes de la audiencia de juzgamiento y en observancia a los requisitos exigidos por el art. 369 del Código Adjetivo Penal. Realizada la Audiencia de juzgamiento del señor Galo Rodrigo Lucero Andrade y luego de las deliberaciones respectivas, el Tribunal procede a emitir su pronunciamiento por escrito, a cuyo efecto realiza las siguientes consideraciones: **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** En virtud de que el hoy acusado, Galo Rodrigo Lucero Andrade, es de nacionalidad ecuatoriana y se le imputa un delito cometido en territorio ecuatoriano, se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, conforme lo establece el art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia; y, en virtud del sorteo de ley realizado conforme lo determina el art. 21, núm. 1, del mismo Código Adjetivo Penal, este órgano de Justicia Penal, es competente, tanto por la persona, el territorio y la materia, para conocer y resolver la presente causa. **2. VALIDEZ**

PROCESAL. La audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal, tiene por objeto, determinar y resolver sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, admisibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia o problemas de procedimiento que pudieran haber sido inobservadas durante la etapa de instrucción fiscal y por lo mismo, pudieran afectar la validez del proceso, en consecuencia, habiéndose superado esta etapa y observado lo dispuesto en los artículos 75, 76, 77, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, el proceso es válido y así se lo declara.

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO. El acusado se identifica con los nombres de: Galo Rodrigo Lucero Andrade, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía número xx de 55 años de edad, de estado civil casado, domiciliado en la ciudad de Quito. **4. ACUSACIÓN PARTICULAR.** No se ha presentado acusación particular en contra de persona alguna. **5. DEBATE. Alegato de la Fiscalía.** La Dra. Blanca del Hierro, en representación de la Fiscalía, manifestó que, mediante resolución de 23 de noviembre de 2010, la Comisaría Primera de la Mujer y la Familia, ratificó las medidas de amparo que anteriormente, mediante providencia del 11 de junio del 2004, había concedido a favor de la señora Gladys Navarrete y en contra de Galo Rodrigo Lucero Andrade, ordenando la salida del señor Galo Lucero de la vivienda común, se le impuso la prohibición de acercarse a la persona agredida tanto en su lugar de trabajo como a su lugar de estudio; prohibió y restringió el acceso a la señora Gladys Navarrete; evitar que el agresor por sí mismo o por terceras personas realice actos de persecución o intimidación a la víctima, medidas que le fueron notificadas al señor Lucero el 08 de febrero de 2011, por lo que tenía pleno conocimiento de las mismas y las cuales incumplió. Toda vez que el acusado ha solicitado la aplicación del Procedimiento Abreviado y considerando que el presente caso cumple con los requisitos fácticos que la ley exige, la Fiscalía ha consentido en el mismo. Desde el año 2007 al 2012, el acusado ha estado agrediendo a la señora Gladys Navarrete. La Fiscalía solicita que de conformidad con el art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, se apliquen las medidas cautelares contra el acusado, estas son: que salga del domicilio en donde vive con la ofendida, ya que es de su propiedad; y que las medidas de amparo concedidas por la Comisaría, sean ratificadas; solicita que se le imponga la pena de tres meses de prisión correccional. **Alegato de la Defensa.** El Dr. Paulo Chiluisa, manifiesta que su defendido acepta el hecho que se le atribuye, que su defendido no es ningún delincuente pero que lamentablemente ha infringido la ley; que la ofendida ha iniciado juicios y acciones legales en contra de su hija e hijos, intentando adueñarse de la vivienda en la cual habitan; ha iniciado un juicio en contra de su hija por una letra de cambio; que su defendido no es una persona grosera; es honrado. Solicita al Tribunal que se suspenda la pena que se llegue a dictar en contra de su defendido y que se levanten las medidas cautelares. Que respecto a la solicitud de la parte acusadora en cuanto que se le ordene a su defendido la salida del

hogar común, no tiene ningún problema en acatarlo en caso de que se ordene; solicita que en caso de ser desfavorable su solicitud de suspensión de la pena, que se le imponga como máximo un mes de prisión. **Testimonio del acusado.** El señor Galo Rodrigo Lucero Navarrete, manifiesta que su vida no ha sido fácil, que en 1997 ya tenía medidas de amparo en su contra; que estuvo en Estados Unidos y regresó porque la madre de sus hijos estaban haciendo mal uso de la casa que le dejaron sus padres; que siempre ha estado pendiente de sus hijos y que les dejó la casa para ellos; que la madre de sus hijos quiere adueñarse de esa casa; que nunca le ha puesto un dedo a la ofendida. **Testimonio de la ofendida.** La señora Gladys Cecilia Navarrete Bastidas, manifiesta que las opiniones de su ex marido son falsas; que en el presente caso se han realizado muchas pruebas que demuestran que el acusado le agredía varias veces a ella y sus hijos; que en un momento determinado su hija se volvió contra ella y la demandó en la Comisaría de la Mujer, por lo que pasó detenida cinco días, tiempo en el cual ella le saqueó la tienda en la que trabajaba; que el acusado llegaba a la casa borracho, rompía las puertas, le agredía; manifiesta que no tiene vivienda; que el día 13 de enero de 2012, el acusado ingresó borracho a la tienda de la ofendida, se bajó los pantalones, insultó a la gente que ingresaba, les agredió y también a la Policía. **6. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.** El acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, manifiesta que toda vez que el delito materia de juzgamiento, es susceptible de aplicación del procedimiento abreviado por cumplir con los requisitos del art. 369 del Código de Procedimiento Penal, solicita su aplicación y así le concede el Tribunal. Tomando en cuenta que en el presente caso, el procesado aceptó el hecho fáctico que se le atribuye y considerando que el art. 143 del Código de Procedimiento Penal dice "...la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él...", y por cuanto no existe otra prueba que valorar, ya que las diligencias realizadas en la instrucción fiscal no constituyen prueba, la única prueba de valor existente en el juicio debido a su naturaleza especial, es la aceptación del hecho fáctico por parte del acusado, por lo mismo, queda establecida la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado. **7. RESOLUCIÓN.** Por todo lo expuesto, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, las reglas de la sana crítica, la realidad histórica procesal, fuera de toda duda y con plena certeza, fundamentado en los artículos 369, 304A, 305, 309, 312, 315 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; éste Tribunal de Garantías Penales Primero del Distrito de Pichincha, integrado con los doctores: Guillermo Durán Dávila, Juez Presidente; Susana Nájera, Jueza Temporal; y, Carlos Calahorrano Recalde, Juez Tercero, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, dicta sentencia declarando la CULPABILIDAD del acusado, GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx en

calidad de AUTOR, del delito de VIOLACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES tipificado y sancionado en el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia; se le impone al condenado, la pena de DOS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL. La pena impuesta al condenado, es imputable al tiempo que se le haya privado de su libertad en la sustanciación de la presente causa, conforme lo determina el art. 54 del Código de Ejecución de Penas; se mantiene la prohibición de enajenar sus bienes inmuebles hasta por un monto de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, conforme lo dispuso la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. En el presente caso no ha existido actuación indebida por parte del Agente Fiscal, ni de la defensa del acusado. **Léase y notifíquese.**

f) Dr. Wilther Guillermo Durán Dávila Juez Presidente, Dr. Carlos Calahorrano Recalde Juez Tercero, Mcs. Susana Nájera Verdezoto, Juez Temporal.

SEGUNDA INSTANCIA APELACIÓN

Juicio nro. 2012-0227

Resolución nro. 699-2013

Juez Ponente: Dr. Marco Navarrete Sotomayor.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. TERCERA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, viernes 5 de octubre del 2012. Las 10h13.

VISTOS: Éste caso sube a conocimiento de la Sala, por el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE, de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. **ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE AL RECURSO DE APELACIÓN:** Dr. Paulo Chiluisa Martínez a nombre de su defendido dice: El Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, dicta sentencia condenatoria, sin que existan los medios de prueba que demuestren la responsabilidad, ni la materialidad de la infracción. Todo comienza con un escrito presentado el 23 de noviembre del 2010 por Cecilia Navarrete quien informa a la Comisaría 1ra. de la Mujer y la Familia que durante el tiempo que se ha encontrado detenida, su cónyuge Galo Rodrigo Lucero Andrade en complicidad con su hija, aprovechando su ausencia porque estaba detenida, su cónyuge construye una pared en la planta baja de su domicilio. Que por este escrito la Comisaría remite el proceso a la Fiscalía, tratándose de un delito de violación de medidas de amparo. Esto sucede cuando dicha ciudadana se encontraba sancionada por la Comisaría con 5 días de prisión. Gladys Cecilia Navarrete Bastidas es propietaria del inmueble donde vive, que vive en la planta baja y en el primer piso viven Evelyn Lucero y su hijo, además de su hijo Pablo Lucero; que si la madre le agrede a su hija, ella le pide a su padre que regrese a vivir con ella. Que existen varios procesos en contra de Evelyn Lucero, Pablo Lucero (hijos) y en contra del Recurrente Galo Lucero; en las 4 comisarías existen de-

nuncias por parte y parte, quieren obtener medidas de amparo para que salgan de la vivienda e inclusive Gladys Navarrete les ha iniciado procesos por letras de cambio por US \$ 65.000 y US \$ 70.000 y les ha manifestado que le entreguen el bien inmueble y desiste de todo proceso. Que estas son las razones por las que ha sido sentenciado. Manifiesta además que con el fin de terminar una decena de juicios de parte y parte y por evitar daño psicológico a su hija y nieto, se acogió al procedimiento abreviado y con la Dra. Dilza Muñoz se acordó una pena de un mes y en la audiencia de juzgamiento ha solicitado una sanción de 3 meses de prisión, el Tribunal le ha condenado a 2 meses de prisión que es una pena desproporcionada y no hay una pena atenuada de conformidad con lo que dispone el artículo 73 del Código Penal. Que existieron atenuantes como confesión espontánea, buena conducta anterior y posterior a la infracción. Existe por parte del Tribunal una apreciación equivocada del hecho violentando los principios de legalidad, proporcionalidad e indubio pro reo; se ha deformado el procedimiento abreviado que pretende sentencias socialmente aceptables. Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal ha solicitado la suspensión de la pena, ya que se trata de un delito tipificado y sancionado en el artículo 17 de la Ley contra la Mujer y la Familia, con pena de 1 a 6 meses de prisión. Que ha adjuntado certificados de honorabilidad y antecedentes penales, sin embargo el Tribunal no dejó en suspenso la pena. Fundamentado en el artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, solicita se reforme la sentencia venida en grado en el sentido de la pena, que se tome en cuenta los atenuantes y se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. En la contrarréplica manifiesta que en varios estudios de género se estableció que las víctimas indirectas de la violencia intrafamiliar son los hijos y que éstos se solidarizan con la persona violentada. Basta revisar el proceso para verificar que se solidarizan con su padre. Existe en el proceso una evaluación psicológica elaborada por el Dr. Ítalo Rojas y practicada a su defendido Galo Lucero que establece que es la víctima de violencia psicológica por parte de Gladys Navarrete. Que la violación de medidas de amparo ya no es un delito de Violencia Intrafamiliar, que lo que se busca es que se cumpla la orden de una Autoridad Administrativa. Que en este caso hubo un error de prohibición que es atenuante para su defendido. No existe en el proceso ningún examen físico que determine que Cecilia Navarrete haya sido víctima de violencia. Inclusive hay un parte policial por cuanto Galo Lucero estacionó una wincha frente al inmueble y que incumplía con esto las medidas de amparo. Galo Lucero desconocía el tipo penal de incumplimiento de medidas de amparo ya que por amor a su hija volvió a habitar el primer piso del inmueble, por lo que insiste en que se apliquen atenuantes. **ARGUMENTACIÓN DEL DR. FLAVIO CAZA, FISCAL AL RECURSO DE APELACIÓN.** Para someterse al Procedimiento Abreviado debe admitirse el hecho fáctico más no la responsabilidad, pero en este caso confluyen los dos presupuestos, no hay otro acusado, se trata de

un delito de violencia intrafamiliar. La violación de medidas de amparo se probó, el Tribunal aceptó las atenuantes, por eso se impuso 2 meses y no 3 como ha solicitado la Fiscal. El art. 82 del Código Penal se refiere en forma taxativa cuando se debe suspender la pena, la personalidad integral del condenado, se determina que es un hecho bochornoso el delito de violencia intrafamiliar, la naturaleza del delito es un delito grave que conmociona la sociedad y las circunstancias que lo han rodeado, precisamente al tratarse de violencia intrafamiliar, es un delito grave; esto es la parte fundamental del Recurso de Apelación. Solicita se ratifique la sentencia y se deseché el Recurso de Apelación o en todo caso estaba a lo que resuelva la Sala. **CONSIDERANDOS. PRIMERO:** La Sala es competente para conocer el presente recurso de apelación de la sentencia condenatoria de conformidad con lo dispuesto en el art. 343.2 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con lo dispuesto en el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO:** En la tramitación del recurso de apelación, se han observado las garantías básicas del derecho al debido proceso, por lo que se declara su validez. **TERCERO:** Del análisis al Acta de Audiencia de Juzgamiento de Procedimiento Abreviado de fecha 27 de abril del 2012, a las 09h00 (hojas 50 y vuelta), se pueden advertir que Fiscalía ha hecho una relación de los hechos, indicando que el acusado ha solicitado el Procedimiento Abreviado por cumplir con los requisitos fácticos y solicita la imposición de la pena de tres meses de prisión correccional. El abogado defensor del acusado manifiesta que está aceptando el procedimiento abreviado, que su defendido no es ningún delincuente, que lamentablemente ha infringido la ley. Presenta certificados de antecedentes penales y certificados de honorabilidad a favor de su defendido y solicita que se suspenda la pena que se llegue a dictar en contra de su defendido y que levanten las medidas alternativas, solicita que se imponga la pena de un mes. El acusado de viva voz manifiesta que su vida no ha sido fácil, que en el año 1997 ya estaba con medidas de amparo, que estuvo en Estados Unidos y regresó ya que la madre de sus hijos estaba haciendo algo malo de su casa. Que siempre ha estado pendiente de sus hijos, que sus padres le dejaron la casa, que le dejó un poder a su esposa para que se establezcan, que nunca le ha puesto un dedo. De la revisión minuciosa del corpus judicial y en especial del Acta de Audiencia de Juzgamiento, se puede advertir que no existe prueba alguna que haya sido incorporada por Fiscalía precisamente para probar la materialidad de la infracción acusada; no existe constancia procesal de qué medida de amparo el sentenciado Galo Rodrigo Lucero Andrade ha violado, ni qué autoridad la ha impuesto, no existe ningún elemento probatorio de cargo incorporado en dicha Audiencia, tan solo existe la aceptación de Galo Rodrigo Lucero Andrade al Procedimiento Abreviado en los términos establecidos en los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO:** El artículo 143 del mismo Código Adjetivo Penal establece que el acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que

se reciba su testimonio en la etapa de juicio y éste servirá como medio de defensa y prueba a su favor; manifiesta además este artículo que de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él. El artículo 115 *ibídem* establece que si el procesado al rendir su testimonio, se declare autor de la infracción, ni el Juez ni el Tribunal de Garantías Penales quedarán liberados de practicar los actos procesales de prueba tendientes al esclarecimiento de la verdad. El artículo 83 *ibídem* señala que la prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme las disposiciones de este Código. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 2 establece que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. En virtud de esta norma constitucional, la Sala no está de acuerdo con el análisis del Tribunal A Quo que consta en el Acápite VI de la sentencia emitida el miércoles 02 de mayo del 2012, a las 15h27, que dice en su parte pertinente: "...Tomando en cuenta que en el presente caso, el procesado aceptó el hecho fáctico que se le atribuye y considerando que el art. 143 del Código de Procedimiento Penal dice "...la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él...", y por cuanto no existe otra prueba que valorar, ya que las diligencias realizadas en la instrucción fiscal no constituyen prueba la única prueba de valor existente en el juicio debido a su naturaleza especial, es la aceptación del hecho fáctico por parte del acusado, por lo mismo, queda establecida la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado." Este análisis consta como único fundamento para condenar a Galo Rodrigo Lucero Andrade, sin tomar en cuenta lo que dispone el artículo 79 del mismo Código Adjetivo Penal que dice: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por las Juezas o Jueces de Garantías Penales. Las investigaciones pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio." (El subrayado nos pertenece) (**sic**). En el presente caso, la Fiscalía no ha presentado ninguna prueba durante la audiencia de Juzgamiento en Procedimiento Abreviado como era su obligación, ni siquiera ha entregado el expediente de Instrucción Fiscal que serviría para que precisamente las investigaciones y experticias realizadas durante la Instrucción Fiscal, alcancen el valor de pruebas, ni el Tribunal ha solicitado dicha documentación para incorporarla al juicio; debiendo aclarar que el acogerse a un procedimiento abreviado, no constituye per se un mecanismo para excluir prueba de la existencia material de la infracción acusada. Al no haberse probado la materialidad de la infracción conforme el análisis anterior, mal puede la Sala entrar a deliberar sobre la responsabilidad del recurrente a pesar de que voluntariamente se

haya sometido al Procedimiento Abreviado conforme lo establecen los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal, pues el juzgador no puede llegar a la certeza que exige el art. 252 *ibídem* para imponer una condena. Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en los arts. 115, 143, 304A, 309, 311 y 345 del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, la Sala desecha el recurso de apelación en la forma interpuesta por el procesado; y, en razón de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, conforme lo señala el art. 169 de la Constitución; el art. 75 *ibídem* garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; y los arts. 82 y 172 de la Carta Magna, garantizan la seguridad jurídica y obligan al juzgador a someterse a las disposiciones del ordenamiento jurídico y a los tratados internacionales de derechos humanos, el juzgador no puede mantener una condena por un recurso mal planteado por lo que; esta Sala, de oficio, revoca la sentencia venida en grado y emite sentencia confirmatoria del estado de inocencia del ciudadano GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE.

Notifíquese.

f) Dra. Carmen Zambrano Semblantes Jueza, Dr. Patricio Navarrete Sotomayor Juez, Dr. Joselito Pallo Quisilema, Juez Encargado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, 17 de junio de 2013. Las 11h30.

VISTOS: (1326-2012) En virtud al sorteo realizado, corresponde el conocimiento de esta causa al Dr. Merck Benavides Benalcázar como Juez Ponente, y; al Dr. Paúl Iñiguez Ríos y Dra. Lucy Blacio Pereira como Juez y Jueza Nacionales integrantes de este Tribunal; de conformidad con lo dispuesto en los arts. 141 y 183, inciso sexto del Código Orgánico de la Función Judicial. Actúa el Dr. Edgar Flores Mier, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia concedida a la Dra. Lucy Blacio Pereira, según oficio nro. 1031-SG-CNJ-IJ-de 31 de mayo de 2013. **PRIMERO. COMPETENCIA:** Este Tribunal, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, 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, art. 349, del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** El recurso de casación, ha sido tramitado conforme la norma procesal del art. 352, del Código de Procedimiento Penal, y lo dispuesto en el art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado. **TERCERO. ANTECEDENTES DE LA CAUSA:** El día 23 de noviembre de 2010, a las 16h00, la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quito, emite una resolución ratificando las medidas

de amparo de conformidad a los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del art. 13 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, a favor de la señora Gladys Cecilia Navarrete Bastidas, en contra de Galo Rodrigo Lucero Andrade, ordenando la salida del señor Lucero Andrade de la vivienda común, la prohibición de acercarse al lugar de trabajo, estudio de la señora Gladys Navarrete, se le prohíbe el acceso a ella y además se le impone la prohibición de que realice actos de persecución sea por sí mismo por terceras personas. Mediante denuncia escrita, llega a conocimiento de la Fiscalía, que el señor Galo Rodrigo Lucero Andrade, ha incumplido de manera reiterada las medidas de amparo concedidas por la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia a favor de Gladys Cecilia Navarrete Bastidas; una vez concluida la instrucción fiscal, se emite dictamen acusatorio en su contra. El Juzgado Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Con fecha 13 de diciembre del 2011, dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y del procesado Galo Rodrigo Lucero Andrade. La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha aceptando el recurso de apelación impuesto por la Fiscalía, revoca el auto de sobreseimiento provisional del procesado y del proceso venido en grado y en su lugar, con fecha 09 de febrero de 2012, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del señor Galo Rodrigo Lucero Andrade, por considerarlo presunto autor del delito tipificado y reprimido por el art. 17 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia. El Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 02 de mayo de 2012, dicta sentencia declarando la culpabilidad de Galo Rodrigo Lucero Andrade, en calidad de autor del delito de violación de medidas cautelares, tipificado y sancionado en el art. 17 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, imponiéndole la pena de dos meses de prisión correccional. La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 05 de octubre de 2012, desecha el recurso de apelación en la forma interpuesta; indicando que, en razón de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia conforme lo señala el art. 169 de la Constitución; el art.75 *ibídem* garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; y los arts. 82 y 172 de la Carta Magna, la seguridad jurídica y a los tratados internacionales de derechos humanos, el juzgador no puede mantener una condena por un recurso mal planteado por lo que; de oficio, revoca la sentencia venida en grado y emite la sentencia confirmatoria del estado de inocencia del ciudadano Galo Rodrigo Lucero Andrade. El Dr. Flavio Caza Tapia, Fiscal Distrital de Pichincha, interpuso recurso de casación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. **CUARTO. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA:** Según lo dispuesto en el art. 352, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 345, *ibídem*, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresan: **4.1. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El Dr. Andrés

Hidrobo, a nombre del Fiscal General del Estado fundamenta el recurso manifestando que: El Dr. Flavio Caza Tapia, Fiscal Distrital de Pichincha interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictada el día viernes 05 de octubre de 2012, que revoca la del tribunal a quo, esto es el fallo dictado por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, que en su momento impuso la pena de dos meses de prisión correccional en contra del acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, y en su lugar dictó una sentencia ratificando el estado de inocencia; que para la Fiscalía existe violación a la ley, conforme al art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por una errónea interpretación del art. 370 *ibidem*, así como contravención expresa tanto del art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y del art. 76.3 de la Constitución de la República; que ese error respecto del art. 370 del Código de Procedimiento Penal, específicamente en el inciso cuarto, ya que indica cuales van a ser las reglas del juego en el procedimiento abreviado, sin embargo contrastando con el sentido de la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, tenemos una interpretación errónea en el sentido en que, la Corte Provincial ha exigido articulación de prueba para que se pueda justificar tanto la existencia y la responsabilidad penal del acusado, cuando la misma disposición del art. 370 del Código de Procedimiento Penal nos dimensiona que es lo que debe conocer el Tribunal de Garantías Penales y en el inciso cuarto se dicen que son dos funciones básicas dentro del procedimiento abreviado, que es avocar conocimiento, y resolver sobre la adopción o no de la pena en el que tanto la Fiscalía, como el acusado habían consentido; por lo que, el recurso de apelación de la sentencia del Tribunal a quo lo único que se iba a discutir en ese momento era justamente en relación a la pena impuesta, que según el procesado, lo negociado era un mes de pena, sin embargo el fiscal la cambia por tres meses y lo que dictó el Tribunal de Garantías Penales fue una sanción de dos meses, más la Corte Provincial, bajo ese análisis de que no hubo articulación de medio probatorio declara la inocencia del acusado. En el procedimiento abreviado, se inobserva ciertas formalidades que se dan en otros procesos penales sobre todo en el ordinario y en el procedimiento simplificado; considera que en vista de aquello, ha existido violación y contravención expresa del art. 76.3 de la Constitución de la República, porque es la misma norma constitucional, la que manifiesta que solo se podrá juzgar, a una persona, ante un juez o autoridad competente; y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; existe un principio de legalidad procedimental; que hubo un consentimiento por parte del hoy acusado, respecto de los hechos que se estaban atribuyendo, que era la inobservancia de las medidas de amparo establecidas en el art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, toda vez que la Comisaría de la Mujer había emitido medidas de amparo previstas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5, del mencionado artículo, inobservando el acusado tal disposición; y, que bajo la

figura del art. 16 ese es un delito de acción pública; por lo que ha solicitado que se case la sentencia y se lo declare autor, como lo declaró el Tribunal de Garantías en su momento, justamente por haber inobservado y por haber adecuado su conducta en lo que dispone el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia. **4.2. CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DE GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE:** El abogado Pablo Chiluisa defensor de Galo Lucero manifiesta: El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, que el juez es garante del cumplimiento de las normas y de los derechos de las partes, art. 76.1; si bien es cierto, en el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, el señor Galo Lucero se acogió al procedimiento abreviado por cuanto es una historia de nunca acabar, que empeora la situación familiar. El art. 69 del Código de Procedimiento Penal, establece que se deben incorporar las pruebas dentro de la respectiva etapa probatoria ante el Tribunal Penal, que como consta en la sentencia la Fiscalía no incorporó prueba alguna, ni siquiera entregó el expediente al Tribunal Penal, es decir la única prueba fue la aceptación de los hechos, no del delito, por parte de Galo Lucero Andrade, es por ello que la Tercera Sala de la Corte Provincial de Pichincha, aplicando el art. 76.1 de la Constitución de la República, ha declarado el estado de inocencia de Galo Lucero; que no se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, no existe una errónea interpretación de la ley toda vez que la Tercera Sala de la Corte Provincial, aplicando el debido proceso, ratificó el estado de inocencia de su defendido, por lo que solicita se deseche el recurso de casación interpuesto por Fiscalía. **QUINTO. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL: 5.1.** El nuevo régimen constitucional y la determinación de un Estado constitucional de derechos y justicia; de nota un cambio en el ejercicio de las facultades sobre la aplicación de las normas y principios constitucionales; el art. 424 de la Constitución de la República, establece la supremacía constitucional; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), establece las garantías judiciales y la igualdad de las ciudadanas y los ciudadanos ante la ley, en sus arts. 8 y 24, principios recogidos y positivizados en los arts. 76 y 77, de nuestra Carta Fundamental. El art. 8.2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a las Garantías Judiciales dispone: "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...". El art. 81 de la Constitución de la República, indica que la ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar; así como se nombrarán fiscales y defensores especializados para el tratamiento de esta causa, de acuerdo con la ley. **5.2.** El recurso de casación, tiene como objeto velar por la seguridad jurídica, establecido en el art. 82 de la Constitución de la República que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la

existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador competente, por lo tanto, es importante que el casacionista, al interponer el recurso de casación, lo haga con claridad y precisión, siendo categórico al determinar que la sentencia emitida por el tribunal ad quem viola la ley, por las tres causales determinadas en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, para que de esta manera, el tribunal de casación, sobre la argumentación y fundamentación vertidas en la audiencia oral pública y contradictoria, se forme un juicio de valor para poder pronunciarse sobre el caso concreto, puesto a su conocimiento y resolución; por lo que el papel del recurrente es de trascendental importancia, considerando que el recurso de casación es de carácter extraordinario que busca corregir los errores de derecho en la sentencia impugnada. **5.3.** El casacionista, al fundamentar su recurso, argumenta la violación por una errónea interpretación del art. 370 del Código de Procedimiento Penal, así como contravención expresa tanto del art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia y del art. 76.3 de la Constitución de la República, mismos que refieren, al trámite del procedimiento abreviado, al control de órdenes judiciales; y, al principio de legalidad constitucional; si analizamos el caso concreto y sobre la resolución del presente recurso de casación, es necesario indicar, que existe una ley preventiva que como fin fundamental tiene implícita el proteger la integridad física, psíquica y la libertad sexual de la mujer y de los miembros de la familia, hechos que según consta de la sentencia recurrida dieron como resultado el incumplimiento de las medidas de amparo establecidas en el art. 13 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, dictadas por la autoridad competente y por ende se ha cometido el tipo penal establecido en el Art. 17 de la referida ley, ya que el acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, ejecutó actos que le estaban prohibidos en virtud de lo ordenado por la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quito, que fuera debidamente puesta en su conocimiento. Se anota que el principio de legalidad, junto con el principio de seguridad jurídica establecidos en los art. 76.3 y 82 de la Constitución de la República, constituyen las normas fundamentales en base a las cuales se deben sustanciar los procesos penales. Esto tiene relación con lo que dispone el art. 2 del Código Penal, que se refiere al principio de legalidad; como el art. 2 del Código de Procedimiento Penal, que habla del principio de legalidad procesal, es decir a la manera como a de sustanciarse la causa en sus diversos trámites previamente establecidos por la ley. En el caso sub judice en aplicación del art. 369 del Código de Procedimiento Penal, en el momento oportuno se determinó la admisibilidad para la aplicación del procedimiento abreviado, mismo que establece: “Desde el inicio de la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia del juicio, se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este Título, cuando: 1. Se trate de un delito o tentativa

que tenga prevista una pena privativa de libertad, de hasta cinco años; 2. El procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye y consienta en la aplicación de este procedimiento; y, 3. El defensor acredite con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales. La existencia de coprocesados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”. Es necesario anotar que para acceder a la aplicación de este procedimiento se tiene que verificar que se cumplan con los requisitos que el artículo mencionado establece, lo cual ha sido analizado por el juzgador de instancia. El art. 370 del Código de Procedimiento Penal, establece el trámite del procedimiento abreviado, el cual expresamente dispone: “El fiscal o el procesado deben presentar por escrito el sometimiento a procedimiento abreviado, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo precedente. El juez de garantías penales debe oír al procesado, insistiendo sobre las consecuencias del presente procedimiento al procesado. Si lo considera necesario puede oír al ofendido. Si el juez de garantías penales rechaza la solicitud del procedimiento abreviado, el fiscal superior podrá insistir y enviará esta solicitud directamente al tribunal de garantías penales. Si la resolución es conforme a la petición del procesado, el juez de garantías penales enviará inmediatamente al tribunal de garantías penales para que avoque conocimiento y resuelva la adopción o no de la pena como consecuencia del procedimiento abreviado. La pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal. Si el tribunal de garantías penales rechaza el acuerdo de procedimiento abreviado, devolverá el proceso al juez de garantías penales para que prosiga con el trámite ordinario. Cualquiera de las partes podrá apelar del fallo que admita o niegue el procedimiento abreviado”. De lo expuesto, se llega a determinar que se ha violado el art. 370 del Código de Procedimiento Penal, debido a que el tribunal ad quem hace una errónea interpretación de su texto, ya que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, según lo establece el inciso cuarto del artículo antes indicado, avocó conocimiento y dentro de la facultad de adoptar o no la pena como consecuencia del procedimiento abreviado, impuso a Galo Rodrigo Lucero Andrade, la pena de dos meses de prisión correccional, inferior a la solicitada por el fiscal que fue de 3 meses, cumpliéndose así lo que dispone dicha norma legal, en el sentido de que la pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal. Si bien en el procedimiento abreviado se admite al hecho fáctico más no la responsabilidad, se denota claramente que la conducta del acusado se ajusta a lo establecido en el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, ya que el acusado no acató las medidas de amparo, ordenadas por autoridad competente, llegándose a establecer consecuentemente, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, por ende el tribunal ad quem hace una contravención expresa se su texto del artículo antes mencionado. Por lo que, la argumentación del recurrente, con base a los principios constitucionales y disposiciones legales enunciados en la audiencia oral, pública y contradictoria,

son suficientes para casar la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por cuanto se determina la violación de las normas jurídicas arriba indicadas. **RESOLUCIÓN.** Este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional, en virtud de que el recurrente ha fundamentado el recurso de casación por violación a los artículos 370 del Código de Procedimiento Penal, 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia y 76.3 de la Constitución de la República, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, según lo que dispone el art. 358, del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia impugnada y declara al acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, con cédula de ciudadanía nro. xx, de nacionalidad ecuatoriana, de 56 años de edad, de estado civil casado, autor del delito tipificado y sancionado en el art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, imponiéndole la pena de un mes de prisión correccional, misma que, en aplicación del art 82 del Código Penal, se la deja en suspenso; condenándole además al pago de daños y perjuicios. Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines legales pertinentes. Actuó la doctora Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada, de conformidad con la acción de personal nro.2692-DNP-MY. **Notifíquese.**

f) **Dr. Merck Benavides Benalcázar. Juez Nacional, Dr. Paúl Íñiguez Ríos. Juez Nacional, Dr. Edgar Flores Mier. Conjuez Nacional.**

VIII

Juicio nro. 1346-2012
Resolución nro. 730-2013

Juicio penal por peculado, propuesto por la Contraloría General del Estado y el Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes en contra de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas.

SÍNTESIS:

La Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, hace una indebida aplicación a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal, ya que en el evento de que un ciudadano mayor de sesenta y cinco años, cometa un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional, pero eso no significa que un adulto mayor, no sea sancionado conforme lo determina la ley, ya sea con reclusión ordinaria, extraordinaria y especial, pues si comete un delito sancionado con una pena de ocho a doce años reclusión mayor ordinaria, éste cum-

plirá su pena, conforme lo establece la ley, en un centro destinado para prisión correccional, es decir que, la norma jurídica antes indicada, únicamente se refiere al lugar donde debe cumplirse la pena impuesta.

FALLO DEL TRIBUNAL

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR. TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES. Guaranda, jueves 03 de mayo del 2012. Las 15h17.

VISTOS: Rechazados que han sido por el Superior los recursos de nulidad en auto de 28 de diciembre del 2011, interpuestos por los acusados Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas del auto llamamiento a juicio, dictado en su contra por el delito de peculado con fecha 112 (sic) de octubre del 2011 por el Juez Sexto de Garantías Penales de Bolívar, el expediente Nro. 125-2011 ha sido enviado al Tribunal con la finalidad de que se dé inicio al juicio en contra de los referidos acusados, siendo recibido el caso en la Secretaría el 23 de marzo del 2012, cumpliéndose así con lo dispuesto en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal. La presidencia del Tribunal, luego de haber puesto a conocimiento de las partes procesales y de los Jueces del Tribunal el expediente, convoca a audiencia pública de juzgamiento, la misma que se lleva a efecto luego de varios señalamientos, en la cual se examinó la conducta de los acusados Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas en cuanto a la realidad de su participación en el hecho imputado por la fiscalía, previo a la declaración de abandono de la acusación particular, al no haber comparecido Manuel Mesías Orozco Romero, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 280 del Código de Procedimiento Penal, para finalmente, una vez analizada la prueba producida y practicada en la audiencia de juicio y después de la deliberación correspondiente, el Tribunal, llegó a la decisión de declarar la culpabilidad de los acusados; decisión, que lo fundamentamos en los siguientes términos: **PRIMERO.-** El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del art. 168 de la Constitución de la República, se encuentra investido de autoridad suficiente para conocer, tramitar y resolver el presente juicio, en concordancia con los arts. 16, 17, 21 y 28 del Código de Procedimiento Penal, que armonizan con el art. 221 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO.-** En la sustanciación del juicio no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en su decisión, como tampoco aparece que se haya violentado ningún principio constitucional, legal o internacional recogidos en los convenidos e instrumentos de los que hablan los arts. 425 y 426 de la Constitución de la República. **TERCERO.-** Según el art. 250 del Código de Procedimiento Penal, la base del juicio penal es la comprobación conforme a derecho de la existencia de alguna acción u omisión punible y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo, siempre y cuando esos presupuestos se obtengan de las pruebas de cargo y de descargo que aporte los sujetos

procesales en el juicio y que sean ratificadas en la forma y en el modo señalado en el art. 79 y 119 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO:** El representante de los derechos y del patrocinio jurídico del Estado, inicialmente, en la audiencia del juicio, presentó al Tribunal su teoría sobre el caso, a través de la cual se conoció: que por la denuncia presentada por Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García Miño y Aníbal Edison Flor Silva, miembros del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, la fiscalía ha conocido, que la acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, comandante y Secretaria-Pagadora del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, respectivamente, han cometido actos que no estaban de acuerdo con sus funciones, llegando al extremo de transformar la motobomba que había sido donada a través de un contrato de comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito en un carro tanque en un taller del cantón Caluma, para luego vender los accesorios del vehículo motobomba en sesenta dólares americanos, los mismos que han sido dispuestos arbitrariamente, hechos ante los cuales, la Contraloría General del Estado, ha emitido el informe de responsabilidades penales en contra de los denunciados, como lo ha hecho también la fiscalía al emitir el dictamen acusatorio y por el cual se ha dado inicio a este juicio. Con estos antecedentes, la fiscalía, considera que existen suficientes elementos de convicción para mantener ante el Tribunal la acusación en contra de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, en el grado de autores del delito de peculado previsto en el art. 257, que dice: “serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de

administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos. Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función pública; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en el que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el art. 101. Con la misma pena serán sancionados los Servidores de la Dirección General de Rentas y los Servidores de Aduanas, que hubieren intervenido en actos de determinación”. Esta disposición legal recoge los elementos constitutivos del peculado, esto es, el sujeto activo, que pueden ser los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; el objeto material, que lo relaciona con los dineros públicos o privados, efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos inmobiliarios, que estuvieren en poder o en razón de su cargo; la conducta, encaminada al abuso de esos bienes, ya sea por desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; y, la intención volitiva, de abusar de los bienes pertenecientes a la administración pública o privada para provecho propio o de terceros, disposición legal, que en el caso, nos encamina a observar en la venta de bienes muebles el Reglamento General de Bienes del Sector Público, que previa a ella debe anteceder el remate ante la ausencia de postores o las posturas presentadas no pueden ser admitidas por contravenir a ese Reglamento o los bienes fueren de tan poco valor que el remate no satisfaga los gastos del mismo, pero para ello debe existir la correspondiente autorización de la autoridad o haber sido dado de baja, en concordancia con el art. 24 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; teoría que es aceptada por el representante de la Contraloría General del Estado, así como también, en parte tanto por el acusado como por la acusada a través de sus abogados defensores, solicitando al final éstos su absolución, por cuanto el informe de Contraloría no tiene valor legal alguno. **QUINTO:** En el contexto de estos hechos que tienen relación con el auto de llamamiento a juicio dictado por el Juez de Origen y rechazado que ha sido cualquier motivo de nulidad por el Superior en cuanto a su construcción fáctica, la fiscalía, con la finalidad de demostrar su teoría, presenta los testimonios: de la ingeniera comercial Leslee Paulina Galarza Luna, quien entre lo principal, dice: que luego de observar el procedimiento correspondiente, envió a la fiscalía el informe de indicios de responsabilidad en contra de los acusados, con la finalidad de que se investigue si hubo el perjuicio al Estado, que ha sido elaborado por la Delegación

Provincial de Bolívar de la Contraloría General del Estado al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, por el período del 5 de enero del 2005 al 30 de abril del 2009, con respecto a las modificaciones de una motobomba entregada mediante comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes el 8 de junio del 2006, según aparece del mencionado documento que fue enviado mediante oficio nro. 007-92.10.VIII-2011 y en el cual se ratifica la declarante, cuyas características corresponden a un vehículo FORD 700, año 1978, motor nro. F75FVVV66342, chasis nro. 71209-D3TA-HA-1-D-14, sirena y parlantes incorporados, control de baliza, molinete con manguera y su respectiva pistola, motor tipo cañón, según aparece del contrato de comodato elevado a escritura pública ante el Notario Vigésimo Cuarto del cantón Quito; accesorios de la motobomba que al ser transformados en autotanque han sido retirados de la misma, inclusive, la bomba centrífuga, la caja de transferencia, entre otros; transformación que se lo ha hecho sin la autorización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, surgiendo el problema porque esos accesorios habían sido vendidos por los acusados según el testimonio rendido por el licenciado Germán Salomón Tello Páez, Supervisor de Contraloría que practicó y suscribió el informe especial nro. 0017-2009 y en el cual también se ratifica este; accesorios que fueron cotizados mediante internet por el mecánico del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, los mismos que ascendían a la suma de treinta y un mil trescientos dólares americanos según la declaración del contador Héctor Reinaldo Bayas Fiallos, a cargo del cual se encontraba el control de los bienes y por eso conoce que la autobomba consta en los activos fijos del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, bien mueble que ha sido entregado mediante comodato al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes y que hasta el día de hoy no ha sido dado de baja, quien cuando se trasladó a la ciudad de Chillanes bajo el pedido de la Regional de Contraloría de Chimborazo, se encontró con la novedad de que había sido transformada en autotanque sin el permiso de nadie y sin haber observado el procedimiento exigido para estos casos, la misma que fue entregada en la ciudad de Quito debidamente chequeada mecánicamente y funcionando; afirmación que es ratificada por Diego Maximiliano Aldaz Bayas, Asistente de Guardalmacén de Suministros, que expresa: que viajó a la ciudad de Chillanes hacer una inspección de la motobomba y en base al informe técnico del ingeniero Rodrigo Trujillo del Departamento Técnico del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, procedieron vía internet a cotizar los valores de los accesorios que faltaban en la motobomba que había sido transformada en autotanque, los mismos que ascendían a un valor de treinta y un mil trescientos dólares americanos y que solo podían adquirirlo bajo pedido, los cuales le hizo constar en el informe y en el cual se ratifica; así mismo, los Policías Nacionales, Carlos Servilio Andrade Goyes, Ángel Vinicio Arteaga y Luis Rigoberto Aguiar Gaibor, dan a conocer: el primero,

que practicó el reconocimiento del lugar de los hechos en el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Chillanes el 13 de mayo del 2010, que la motobomba no estaba funcionando, el segundo, también practicó el reconocimiento del lugar de los hechos en la ciudad de Caluma el 16 de septiembre del 2010, que la motobomba fue cambiada de frenos en el taller de Orlando Vásquez, el tercero, que al realizar el peritaje técnico mecánico de la motobomba en el edificio del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Chillanes el 9 de septiembre del 2010, encontró un autotanque que no funcionaba y que las características de la motobomba ya no eran las mismas, verificando además, las piezas que faltaban, sin poder informar sobre la depreciación y que la vida útil del automotor estaba terminado; en cambio, Henry Hernán Achig Maldonado, Paúl Fernando Logacho Caiza y Julio Miguel Unda Hidalgo, al rendir sus testimonios, afirman: que realizaron un mantenimiento preventivo mecánico y eléctrico a la motobomba en la ciudad de Chillanes luego de seis meses que había salido del taller del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, encontrando el primero y segundo de los nombrados, que la bomba no tenía presión en ese momento, el tercero, encontró que unos cables estaban sueltos, dejándole luego de este mantenimiento en perfectas condiciones; hechos y circunstancias que lo confirman en sus declaraciones Orlando Miguel Vásquez Yáñez, al dar a conocer: que fue la persona que cambió los frenos de la motobomba por orden del acusado y Simona Torre, Ejecutora del Proyecto COPY Internacional, que fueron las personas que le contrataron para este trabajo y que las piezas usadas funcionaban en un cincuenta por ciento; en cambio Nelson Viterbo Malatay Caibe, afirma; que transformó en su taller a pedido del acusado la motobomba en autotanque, aclarando que el carro fue dos veces al taller, que lo tiene en la ciudad de Caluma y por eso existen dos informes a través de los cuales dio a conocer a la Contraloría de los trabajos realizados, pero, que todas las piezas las entregó a la acusada, manifestándole ésta que las iba a vender, siendo confirmado este hecho por el testigo Ángel Arnulfo Guerrero Balarezo, al afirmar en su declaración: que la acusada le vendió un montón de piezas que sería para chatarra, por las cuales le pagó sesenta y dos dólares de lo que recuerda; testimonios a los cuales se suman el rendido por Ángel Rodrigo Saénz Naucín, quien, expresa: que la motobomba ha llegado al Cuerpo de Bomberos de Chillanes en el año 2006 funcionando, luego los técnicos han llegado de Quito a dar mantenimiento y la demostración correspondiente, pero solo conoce que se llevaron a arreglar una fuga de agua en la ciudad de Caluma, desconociendo quien ordenó su transformación en autotanque, expresa también el testigo, que conoce de estos hechos porque trabaja en el Cuerpo de Bomberos de Chillanes del cual el custodio de bienes es Aníbal Edison Flor Silva, quien, en su declaración, dice: que efectivamente trabaja para el Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes por más de dieciséis años y como custodio conoce que la motobomba ingresó en perfecto estado a la institución, pero que él hasta que le botaron de su trabajo en el

año 2007 no autorizó la salida de la motobomba, pero al año siguiente que regresó se encontró con la novedad de que la motobomba había sido transformada a autotank y las piezas que sacaron de ella no había ingresado a la bodega, dice también, que la acusada había entrado a trabajar en ese año que salió del trabajo; en igual forma declara Manuel Mesías Orozco Romero, al dar conocer en su declaración: que él junto con otros compañeros presentó la denuncia en la fiscalía en contra de los dos acusados porque le habían desmantelado a la motobomba y por la pérdida de una computadora, así como por el dinero de la venta de los accesorios de la motobomba que había sido malversados, por cuanto la motobomba funcionaba bien y solo le llevaron a Caluma para el arreglo de una fuga pequeña de agua, pero que tenía todos sus implementos y que luego le habían transformado en autotank y que apenas llegó a Chillanes se ha paralizado, finalmente dice el declarante, que llegó a conocer también que la acusada había vendido los fierros en sesenta dólares; lo cual es ratificado por la acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol al rendir su testimonio bajo juramento, quien, en forma libre y voluntaria, entre otras cosas, dice: que las piezas de la motobomba luego de su transformación en carro tanque las vendió como chatarra en sesenta dólares americanos a Ángel Arnulfo Guerrero Valarezo en la ciudad de Caluma por autorización del acusado Luis Arturo Gaibor Cabezas, el mismo que desempeña las funciones de Comandante del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, gastando cuarenta dólares en gasolina y veinte pusieron en un fondo común para la compra de canastas navideñas para todos los empleados que trabajan en esa institución, finalmente refiere, que a pesar de que ella trabajaba en la institución como Secretaria Pagadora desde el año 2007 hasta junio 2008, desconocía del contrato de comodato y creyó que el acusado tenía autorización para llevarle a transformar la motobomba en autotank en la ciudad de Caluma, como tampoco se asentó ese dinero, dice la declarante, en ningún libro contable de la institución, todo lo cual constituye prueba en su contra, en cambio el acusado Luis Arturo Gaibor Cabezas, a más de no haber solicitado prueba alguna se acogió al derecho de guardar silencio, lo que demuestra que los hechos llevados a conocimiento ante el Órgano Jurisdiccional Penal, son reales, así como la información contenida en las experticias presentadas al inicio de la audiencia por la fiscalía, las mismas que han sido debidamente controvertidas y respondidas sin decir lo contrario de lo que expresaron los declarantes en sus afirmaciones principales, experticias que al ser introducida al juicio bajo los principios de la oralidad, recogidos en el art. 167.6 de la Constitución de la República, se las acepta, así como también la prueba testimonial introducida al juicio por la fiscalía, habiéndose así cumplido con su objetivo señalado en el art. 195 de la Carta Magna, al ser su deber iniciar la instrucción fiscal cuando de cualquier forma conozca de la posible comisión de un delito y tenga indicios de quienes son sus autores, como ha sucedido en el caso en estudio, a través de una denuncia e informe especial de la Contraloría General

del Estado Nro. DR6DPB-0017-2009, cumpliéndose así con lo dispuesto en el art. 85 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los arts. 79 y 119 de la misma Codificación, esto es, en cuanto a demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad, en armonía con lo dispuesto en los arts. 250 y 252 del mismo Código. **SEXTO:** En la especie, del acervo probatorio practicado en la audiencia del juicio, se concluye: 1) que no está en duda que tanto la acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol como el acusado Luis Arturo Gaibor Cabezas, se desempeñaban en la época del cometimiento del ilícito como empleados del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, tratándose por tanto, de empleados públicos y como tales, conocían de todos los procedimientos que debían observar en sus funciones; 2) que no existe ningún factor determinante para que sin autorización alguna, en primer lugar, haya salido el vehículo motobomba del cantón Chillanes a la ciudad de Caluma a que se cambie de frenos, porque los mismos estaban funcionando, tal es así que llegó rodando hasta los talleres del maestro Nelson Viterbo Malatay Caibe, en segundo lugar, tampoco hubo autorización de autoridad competente, para transformar el vehículo motobomba en un autotank, lo hicieron los acusados por su cuenta y riesgo, en tercer lugar, llegaron a vender los accesorios de la motobomba luego de su transformación en autotank, cuyo dinero producto de la venta no ingresó a la cuenta del Cuerpo de Bomberos de Chillanes, sino que lo dispusieron arbitrariamente ese caudal del Estado, procedimiento con el cual se enervó el respeto de las normas jurídicas que guían a la utilización de los bienes públicos en general vigentes en nuestra legislación ecuatoriana, los principios éticos y de probidad que debe tener y mantener un funcionario público en el ejercicio de las funciones para las cuales son designados o encargados, omisión que lo hicieron los acusados en forma deliberada, consciente y voluntaria, en razón de su cargo, la jerarquía y conocimiento que lo tenían como empleados del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, con el afán de causar daño a través de su accionar en un bien mueble del Estado, como fue la motobomba que servía para prestar un servicio a la colectividad en el cantón Chillanes; 3) que los acusados en el juicio, en modo alguno han podido justificar lo contrario, de tal manera que se encuentra enervado el principio de inocencia de éstos, frente al reconocimiento expreso de la acusada en el cambio, transformación, venta y la utilización del dinero producto de ella, sin que tuviera conocimiento o autorización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito que era el dueño, según el contrato de comodato celebrado entre esa institución y el Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, del cual era su representante el acusado Luis Arturo Gaibor Cabezas como Comandante de la Institución Bomberil, que a pesar de ello no guardó la probidad y fidelidad de las cláusulas estipuladas en ese documento, sino más bien, por el contrario, se ha evidenciado de la prueba aportada por la fiscalía, que éste violó la confianza pública y desprestigió a la administración pública e institución donde prestaba sus servicios, que en definitiva

es el bien jurídico protegido por el Estado, evidenciándose de esta forma el nexo causal entre el delito y los acusados, subsumiendo sus conductas, por tanto, en el art. 257 del Código Penal, sin importar el valor del producto de la venta de los accesorios, según el art. 12 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción... **SÉPTIMO:** La acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol, en el juicio, ha justificado las atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del art. 29 del Código Penal, esto es, la conducta anterior y posterior al cometimiento del ilícito investigado, circunstancias atenuantes que deben ser consideradas para los efectos del art. 72 del citado Código, en cambio el otro acusado, lo único que ha acreditado es ser mayor de sesenta y cinco años de edad. Por las consideraciones expuestas, habiéndose justificado la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, teniendo en consideración con lo dispuesto en los arts. 227 y 229 de la Constitución de la República y los arts. 304-A y 86 del Código de Procedimiento Penal y recordando que la participación en cualquiera de los grados, en esencia, es un modo de delinquir, no solo el que ejecuta la acción, sino también todos aquellos que de una u otra forma cooperan para que se dé el resultado dañoso, sin importar de que ese accionar sea físico, intelectual, psíquico o moral, como ha sucedido en este caso, el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara, a los acusados Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, Secretaria Pagadora y Comandante del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, a esa época, cuyo estado y más condiciones constan de autos, ser los autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 257 del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada a la primera de cuatro años de reclusión mayor ordinaria; y, al segundo la pena de cinco años de prisión correccional, de conformidad con el beneficio y excepción prevista en el art. 57 del Código Penal; pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Guaranda, debiendo imputarse, si lo hubiera, el tiempo que hayan permanecido detenidos por este juicio. Consecuentemente, el sentenciado y condenado Luis Arturo Gaibor Cabezas, que se encuentra con la medida alternativa de presentarse voluntariamente cada quince días en el Juzgado de Origen, se deja sin efecto la misma, debiendo oficiarse en este sentido al Jefe de la Policía Judicial de Bolívar para que procedan a la captura e internamiento del referido sentenciado y condenado en el Centro Penitenciario antes citado y una vez que cause ejecutoria la presente sentencia. Los sentenciados y condenados quedan perpetuamente imposibilitados para el desempeño de todo cargo público, debiendo comunicarse de este particular a través de la Secretaría del Tribunal a la Contraloría General del Estado y al Departamento de Personal de la autoridad nominadora. Se suspende también los derechos de ciudadanía de los condenados por el tiempo de la pena. Sin costas, ni honorarios que regular. La acusación particular deducida por Manuel Mesías

Orozco Romero, se lo declara como no maliciosa ni temeraria. La presente sentencia se ejecutoriará una vez que cause estado. Cópiese al libro correspondiente. Las disposiciones legales y constitucionales se encuentran citadas. Continúe actuando el abogado Marco Obando Flores, Secretario Titular del Tribunal. **Cúmplase y notifíquese.**

f) Dr. Aníbal García Núñez, Juez. Dr. Vinicio Fierro Barragán, Presidente. Dr. Edison Albán Monar, Juez.

SEGUNDA INSTANCIA. APELACIÓN

Juez Ponente: Dra. Nelly Núñez Núñez.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR. SALA ESPECIALIZADA DE GARANTÍAS PENALES. Guaranda, viernes 19 de octubre del 2012. Las 15h36.

VISTOS: El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, el 03 de mayo de 2012, a las 15h17, dicta sentencia mediante la cual: “declara a los acusados Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, Secretaria Pagadora y Comandante del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, a esa época, cuyo estado y más condiciones constan de autos, ser los autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 257 del Código Penal, imponiendo la pena atenuada a la primera de cuatro años de reclusión mayor ordinaria; y, al segundo de cinco años de prisión correccional, de conformidad con el beneficio y excepción prevista en el art. 57 del Código Penal; pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Guaranda, debiendo imputarse si lo hubiera, el tiempo que hayan permanecido detenidos por este juicio. Consecuentemente, el sentenciado y condenado Luis Arturo Gaibor Cabezas, que se encuentra con la medida alternativa de presentarse voluntariamente cada quince días en el Juzgado de Origen, se deja sin efecto la misma, debiendo oficiarse en este sentido al Jefe de la Policía Judicial de Bolívar para que procedan a la captura e internamiento del referido sentenciado y condenado en el Centro Penitenciario antes citado y una vez que cause ejecutoria la presente sentencia. Los sentenciados y condenados quedan perpetuamente imposibilitados para el desempeño de todo cargo público, debiendo comunicarse de este particular a través de la Secretaría del Tribunal a la Contraloría General del Estado y al Departamento de Personal de la autoridad nominadora. Se suspende también los derechos de ciudadanía de los condenados por el tiempo de la pena. Sin costas ni honorarios que regular. La acusación particular deducida por Manuel Mesías Orozco Romero, se lo declara como no maliciosa ni temeraria. La presente sentencia se ejecutoriará una vez que cause estado. Cópiese al libro correspondiente. Las disposiciones legales y constitucionales se encuentran citadas.”(sic) (fs. 253 a fs. 255 y vta.). Los acusados Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, impugnan la sentencia mediante la interposición conjunta de los recursos de nulidad y de apelación (fs. 259 y vta. y fs. 264 vta.), respectivamente; recursos que son concedidos mediante auto del lunes 25 de junio de 2012, a las 15h49 (fs. 265), accediendo por ello la

causa para conocimiento y decisión de esta Sala, que por mandato del art. 335 del Código de Procedimiento Penal, en primer término sustentó el recurso de nulidad, rechazando el mismo mediante auto del 21 de septiembre de 2012, por lo que, es el estado de la causa la de resolver el recurso de apelación, para hacerlo se convocó a los sujetos procesales para que expongan oralmente sus pretensiones, la misma que se llevó a cabo el día viernes 19 de octubre de 2012, a las 09h09, intervino en primer lugar los recurrentes en apelación, después el Delegado de la Contraloría y el Agente Fiscal. Finalizando el debate, la Sala procedió a la deliberación, y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas y con vista del proceso, pronunció su resolución en la misma audiencia, considerándose que la decisión quedó notificada legalmente a los sujetos procesales asistentes, y, estando dentro del plazo de los tres días que determina el art. 345, inc. 3º del Código de Procedimiento Penal, es el estado de la causa la de emitir la sentencia escrita, para hacerlo, la Sala se fundamenta en los siguientes considerandos: **PRIMERO. Jurisdicción y competencia:** La potestad jurisdiccional y competencia de esta Sala para sustanciar el recurso de apelación y dictar el fallo que en derecho corresponda, emana de las disposiciones normativas contenidas en los arts. 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador; 208, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 29, número 1 y 343, número 2 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO. Trámite:** El trámite de la presente causa se lo ha hecho preservando la deliberación mediante la protección al debido proceso, porque se aseguró a los procesados el derecho a defenderse, como es, el de presentar sus argumentos, conocer y controvertir los de la otra parte, para que estos sean sopesados por la Sala antes de dictar sentencia. En definitiva en el trámite se observó lo dispuesto en el art. 345 del Código de Procedimiento Penal. No se advierte omisión de solemnidades sustanciales ni violación de trámite consecuentemente, se declara su validez. **TERCERO. Identificación de los procesados:** **Lourdes Pilar Borbor Mármol**, ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. xx de 42 años de edad, de estado civil soltera, de instrucción superior, de ocupación profesora y domiciliada en el cantón Caluma, provincia Bolívar; y, **Luis Arturo Gaibor Cabezas**, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía nro. xx de 73 años de edad, de estado civil viudo, de instrucción primaria, de ocupación agricultor y domiciliado en el cantón Chillanes, provincia Bolívar; **CUARTO. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible:** Del texto de la sentencia, considerando Cuarto (fs. 253 y vta.), en la que consta la teoría del caso, expuesta por el señor Agente Fiscal, la Sala conoce los siguientes antecedentes: “por denuncia presentada por Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García Miño y Aníbal Edison Flor Silva, miembros del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, quienes denuncian que la acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, Comandante y Secretaria Pagadora del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, respectivamente, han cometido actos

que no estaban de acuerdo con sus funciones, llegando al extremo de transformar la motobomba que había sido donada a través de un contrato de comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, en un carro tanque en un taller del cantón Caluma, para luego vender los accesorios del vehículo motobomba en sesenta dólares americanos, los mismos que habían sido dispuestos arbitrariamente, hechos ante los cuales, la Contraloría General del Estado ha emitido el informe de responsabilidades penales en contra de los denunciados, como lo ha hecho también la Fiscalía al emitir el dictamen acusatorio y por el cual se ha dado inicio a este juicio...”(sic). **QUINTO: Argumento del sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, recurrente en apelación, realizado por intermedio de su Abogado Defensor: Dr. Eduardo González:** Señor Presidente y señores Jueces, de modo previo a dar cumplimiento a lo que establece el art. 345 del CPP, para refrescar la memoria en este caso llegamos a la curiosa situación de que un ciudadano es acusado por el órgano judicial con el apoyo de la Contraloría General del Estado por haber auto gestionado recursos con el gobierno italiano para la mejora de uno de los más obsoletos carros de bomberos de la ciudad de Quito, que fue a parar en el cantón Chillanes, en deplorables condiciones mecánicas un vehículo que dejó de fabricarse por la casa productora desde hace más de 20 años atrás, que no tenía la posibilidad de tener repuestos de la casa, en definitiva mi defendido como Jefe del Cuerpo de Bomberos de Chillanes obtiene un monto de 6.000 dólares que fueron empleados en la reparación de este carro, es asombroso que un vehículo de tal naturaleza con su vida útil de más del 300%, es un acto inhumano que un vehículo de esa condición puede tener un valor de 31.000 dólares como precio de mangueras, tableros de control, piezas, que por viejos fueron retirados del vehículo, y que fueron vendidos en la cantidad de 60 dólares por la pagadora del Cuerpo de Bomberos, quien los emplea los 40 dólares en combustible para regresar a Chillanes, es doloroso que más de dos años se haya empleado a perseguir a estos dos humildes ciudadanos, al no haberse aceptado el recurso de nulidad en esta causa que es el único proceso que tiene doble numeración, realizada por el Fiscal que siguió la indagación previa y altera la numeración del proceso para acomodarle a la Contraloría, no haberle sancionado este hecho, no establecer como violación el trasladarle la indagación previa que constaba a fojas 1 a la 36 y a su vez acomodarle a otras fojas, constituye el delito tipificado en la intercalación, este tema debió haber merecido la atención del Tribunal porque la Sala debía haberse pronunciado en este sentido porque la infracción es evidente sin embargo de lo cual nada se dijo en el fallo de nulidad, y nada se dijo en el fallo del Tribunal Penal que es más inverosímil por la violación ilegal, e inconstitucional, con lo que se quiere condenar a un ciudadano, en este caso se dio de que quien tenía que haber presentado acusación particular era la Contraloría General del Estado, pero aquí no lo hace la Contraloría no llega a intervenir la Procuraduría General del Estado, pero si se admite una acusación

particular de un bombero del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, que fue reconocida por el Juez de primer nivel, y aceptada a trámite, y esa acusación no es calificada ni maliciosa ni temeraria, y se aceptó la intervención de un tercero que nada tenía que ver en esta causa, en el aspecto de fondo pareciera que si se hace una referencia que no está sustentado en la realidad de esta sentencia anecdótica si la cita no fuera real no se pudiera creer, (da lectura el considerando cuarto) esta afirmación si fuera hecha por un neófito en la materia a lo mejor pudiese haber sido realizada, pero esta afirmación es efectuada en una sentencia dictada por un Tribunal de Garantías Penales, que es terrible y lamentable porque primero se desconoce cuál es el organismo que ejerce el patrocinio jurídico del Estado, es la Procuraduría General del Estado, y cómo es posible entender que un Tribunal diga que ese patrocinio lo tiene la Fiscalía del Estado a través del Agente Fiscal que intervino, de plano un desconocimiento atroz de elementales normas de derecho, grosera violación de la ley en afirmar que la fiscalía ejerce el patrocinio jurídico del Estado, el tema no se queda allí a la par con esta afirmación categórica del Tribunal de Garantías Penales se incurre en el delito de falsedad del art. 338 del CP, porque presumiendo en derecho la actuación de la fiscalía es la de pretender dar a entender esta afirmación de falsedad ideológica porque el error del derecho no excusa a persona alguna, y peor aún puede eximir a un Tribunal Penal por consiguiente no solo que viola, la ley al desconocer la estructura orgánica del Estado, y ninguno de los miembros de esta Institución intervino en esta causa, se está dando un hecho por cierto que no lo es, más grave aún en esta audiencia de juzgamiento en ningún momento no se tuvo la presencia de ningún funcionario de la Procuraduría General del Estado, esto constituye una afirmación falsa en una sentencia condenatoria que se está dando por cierto un hecho que no lo es, en esas condiciones puede darse una sentencia condenatoria y ser dictada así, es inconcebible que este tipo de errores se cometan con este nivel de desconocimiento de la ley, jugar de esta manera con el sagrado derecho de la libertad de las personas, es un crimen, no se queda solamente allí, la violación de la ley, de la constitución de los derechos elementales del ser humano, en este mismo considerando cuarto dice (da lectura el considerando cuarto) la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa se derogó el 06 de Octubre de 2010 y la derogatoria expresa consta en la Ley Orgánica del Servicio Público, en el 2010 dejó de existir esa ley, dos años y meses antes de que se expida esta sentencia la LOSCA estaba derogada expresamente por la actual LOSEP, pero esta ley nada tiene que ver con el fallo que dicta el Tribunal de Garantías Penales, habla de cosas distintas menos de lo que el Tribunal pretende decir en el fallo, de esa manera no se puede dictar una sentencia con leyes derogadas con anterioridad a mí me parece una vergüenza para quienes dictaron ese fallo, que abogado en sano juicio puede aceptar la barbaridad que dice el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, es un acto inconcebible que se ponga en boca del compareciente el haber aceptado esa barbaridad, van a ver

que esto es una segunda falsedad ideológica porque se está dando por ciertos hechos que no lo son, cuando el abogado del señor Luis Gaibor ha expresado conformidad, nunca y esto que tiene que ver con el remate de los bienes, esto es una barbaridad, inconcebible desde el punto de vista jurídico y consta instrumentalmente demostrado, por lo tanto se expide esta sentencia condenatoria sobre la base del desconocimiento elemental de leyes como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se fundamenta la sentencia en una ley derogada dos años atrás antes de salir la sentencia y se dicta una sentencia condenatoria en contra de dos ciudadanos por peculado de 60 dólares, la fundamentación que contiene esta sentencia en los aspectos que me he referido si son normas extrañas las de la LOSCA y se parte de un presupuesto legalmente equivocado al creer que es la Fiscalía la que tiene el patrocinio del Estado, estamos en un caso completamente equivocado que viola, choca la realidad jurídica del Estado ecuatoriano, es tan mal realizado por lo que este acto es nulo y carece de todo valor legal, el art. 76 numeral 7 literal 1 de la CRE dice (da lectura), no tiene la debida fundamentación este fallo del Tribunal de Garantías Penales, por lo que es un acto nulo, y la contundencia de este acto nulo se encuentra especificado en el art. 424 CRE (da lectura), realidad innegable, que refuerza la permanencia de la norma constitucional, y este acto carece de valor por falta de motivación porque es errada, falsa, enormemente equivocadas y apartadas de la realidad jurídica del Estado ecuatoriano, para reforzar en este aspecto en la parte dogmática de la Constitución art. 11 numeral 1 y 3 (da lectura), estas invocaciones las efectuamos en ejercicio de la norma fundamental que es la CRE reforzando este criterio que demuestra la trascendencia que la Constitución le da en el numeral 5 dice (da lectura), si alguna duda le cabe a este Tribunal debe ser interpretada en base a este numeral, norma que guarda relación con el art. 6 principio Pro Reo, en el art. 11 numeral 9 (da lectura), por lo tanto señores Jueces al haber demostrado en forma clara que la sentencia dictada en esta causa constituye un hecho que debe llamar a la reflexión y a la más profunda meditación respecto a la forma como se está administrando justicia en esta provincia Bolívar, si esta sentencia llega a tener trascendencia nacional vamos a ser objeto de burla, no puede ser posible que de esa manera se atropelle la Constitución, las normas procesales, y que de esta manera el Tribunal Penal pretenda condenar a dos humildes ciudadanos donde está la certeza que el art. 304 reformado del CPP exige a los jueces, si los derechos de los ciudadanos no son enmendados por un Tribunal de apelación nos vemos cada vez más imponentes, por lo que solicito que una vez que he demostrado en base a mis argumentos este Tribunal revoque esta barbaridad jurídica, y se considere todas las argumentaciones manifestadas en esta audiencia, y nuestro recurso de apelación sea aceptado y se dicte sentencia absolutoria. **Argumentos del Dr. Carlos Bastidas, Fiscal de Bolívar.** Señores Jueces, y presentes. El art. 343 del CPP establece la posibilidad de presentar un recurso de apelación entre otros a las sentencias que declaren la

culpabilidad, el art. 344 invocado por el defensor del procesado dice (da lectura), en esta audiencia se ha analizado asuntos que no son fundamentales para la convicción del ente juzgador, el hecho base de este enjuiciamiento fue (hace una relación de la causa), este hecho da lugar a que los procesados arbitrariamente vendan los bienes del Cuerpo de Bomberos de Chillanes, por lo que el Dr. Chérrez solicita se haga un examen de Contraloría a lo que le contestan que este examen ya existe, determinándose su responsabilidad, la sentencia debe contener los requisitos del art. 309, las disposiciones legales están bien tomadas tal vez se tomó como referencia una ley, pero la tipificación es el art. 257, lo que vinimos es a ver las pruebas, la fiscalía actuó con objetividad y actuó pruebas de cargo y descargo, y pudo tener la oportunidad de ver si este auto estaba depreciado o no, pero en los libros del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Quito encontramos que todavía existía este bien en la ciudad de Quito, a este bien se lo había hecho la depreciación monetaria, el hecho se lo fundamentó en la audiencia correspondiente y los señores miembros del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Quito manifestaron que el vehículo estaba en perfectas condiciones, y principalmente aceptaron haber utilizado los bienes del Estado y en base a estas pruebas el Tribunal de Garantías Penales emite la sentencia condenatoria declarando la culpabilidad, durante el proceso se dio la oportunidad a cada una de las partes para que presenten sus pruebas, y en esta audiencia se quiere decir que se han utilizado normas legales que no existían en ese momento, por lo que solicito en base a que el recurso de apelación es para determinar las pruebas, se sirvan rechazar el recurso de apelación que ha sido interpuesto. **Argumento del Director Regional 6 de la Contraloría General del Estado, realizado a través del Ab. Marco Barragán.** Señores Jueces y presentes. La Contraloría General del Estado ha manifestado la calidad de intervenir en esta causa, el art. 250 del CPP nos señala la finalidad de la etapa de juicio y textualmente dice (da lectura), que tiene concordancia con el art. 79 de la misma norma invocada (da lectura), en el presente caso que nos ha convocado el Tribunal Penal en su sentencia ha procedido conforme a derecho y a la norma invocada y administrando justicia ha declarado a los procesados autores y responsables del delito tipificado en el art. 257 del CP, debo señalar además que el art. 169 de la CRE dice que (da lectura), con estos antecedentes el suscrito en representación de la Contraloría solicita se rechace el recurso propuesto y se confirme la sentencia dictada por el Tribunal. **SEXTO: La prueba actuada 6.1. La existencia material del delito.-** Como el delito objeto del presente proceso penal, es el de peculado y que según el diccionario de Cabanellas, define a ese delito como; sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. El señor Agente Fiscal de Bolívar, para justificar tanto la infracción, la participación y la responsabilidad de los acusados, en la audiencia preparatoria oral, pública, presenta la siguiente prueba instrumental: "a) Contrato de comodato, por 15 años, celebrado entre el

Coronel Jaime Benalcázar Rocha y Teniente Coronel Luis Arturo Gaibor Cabezas, es sus calidades de Comandantes de los Cuerpos de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito y del cantón Chillanes respectivamente del vehículo marca Ford 700, año 1978, color rojo, funcionando, equipado con dos mangotes, una baliza con sirena, parlante incorporado, molinete con mangueras y pistola, estado general del vehículo y pintura buena, llantas regulares. b) Informe Nro. DR6DPB-0017-2009, que forma parte del examen especial, a las cuentas, disponibilidades, inversiones en existencia de bienes para uso y consumo corriente, inversiones en bienes en larga duración y especies valoradas del Cuerpo de Bomberos de Chillanes, se analizó las modificaciones realizadas en la autobomba al servicio de la entidad, por el período entre el 5 de enero de 2005 y el 30 de abril del 2009, dentro del cual se verifica que Luis Arturo Gaibor Cabezas y Lourdes Pilar Borbor Mármol, en sus calidades de comandante y secretaria pagadora del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, abusaron y dispusieron arbitrariamente de todas las piezas incluido el tablero de control de la motobomba entregada en comodato, originando la disminución del costo del bien en 31.300,00 dólares, quebrantando el objeto y esencia del contrato celebrado con el Comandante del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito. c) Versiones de los funcionarios de la Contraloría General del Estado, Germán Salomón Tello Páez, Supervisor y Renán Efrén González Ballesteros, Auditor y Jefe de Equipo del Examen Especial realizado al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, quienes se ratifican en los resultados del informe producto de la orden de trabajo recibida; y, que es corroborado con las versiones de Luis Felipe Velasteguí Mendoza, Técnico Especialista en abogacía de la Dirección Regional 6 y Leslee Paulina Galarza Luna, Delegada Provincial en Bolívar de la Contraloría General de Estado, en el sentido que, el primer deponente se ratifica en el criterio jurídico respecto de los hallazgos encontrados por el equipo de auditoría en el examen especial con indicios de responsabilidad penal; y, la segunda como Delegada Provincial de acuerdo a las denuncias y plan de control, mediante orden de trabajo dispuso al Lcdo. Germán Salomón Tello Páez, Supervisor y Renán Efrén González Ballesteros, Jefe de Equipo, para realizar el examen especial al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes. d) Versiones de los denunciantes Manuel Mesías Orozco Romero, Aníbal Edison Flor Silva y Vicente Salomón García Miño, miembros del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes. e) Corroborando el informe del examen especial al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes con la versión Mario Vicente Peña Peña, sostiene que por disposición de Arturo Gaibor y Lourdes Borbor, condujo la motobomba desde Chillanes hasta el taller de Orlando Vásquez en Caluma y Orlando Miguel Vásquez Yáñez, refiere que recibió e hizo unos arreglos al sistema de frenos en la motobomba, que luego fue trasladado al taller de un señor Malatay; Nelson Viterbo Malatay Caibe, manifiesta que en su taller realizó una serie de trabajos y transformación de la motobomba y que Lourdes Borbor, llegó con

un comprador, pasaron varios accesorios y se llevaron con orden verbal del Jefe de Bomberos de Chillanes; y, Ángel Arnulfo Guerrero Valarezo, quien dice ser la persona que compró la chatarra a Lourdes Borbor; versiones de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, quienes en calidad de secretaria-tesorera y jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, quienes en presencia de sus abogados patrocinadores aceptan paladinamente haber dispuesto el traslado de la motobomba a Caluma, conducida por Peña a la mecánica de Vásquez para que arregle el sistema de frenos, luego al taller de Malatay, en donde transformaron la motobomba en autotanque y finalmente vendieron a Guerrero los accesorios o según dicen la chatarra. **f)** Informe escrito y fotográfico presentado por el Cbos. Carlos Andrade, respecto al reconocimiento del lugar donde se encuentra la motobomba hoy autotanque. **g)** Informe escrito y fotográfico presentado por el Cbos. Ángel Arteaga, respecto al reconocimiento de los lugares en donde se realizaron los trabajos mecánicos y transformación de la motobomba; y, **h)** Informe escrito y fotográfico presentado por los peritos en criminalística Sgos. Luis Aguiar Gaibor y Cbos. Darwin Campoverde, respecto del reconocimiento del vehículo autotanque, antes autobomba... (sic)".

6.2 La participación de los acusados en el delito: Con la prueba anotada se encuentra probado conforme a derecho la existencia material del delito así como la responsabilidad y la consecuente culpabilidad y el grado de participación de los acusados Luis Arturo Gaibor Cabezas y Lourdes Pilar Borbor Mármol, en el delito tipificado en el art. 257 del Código Penal. **SÉPTIMO. La valoración de la prueba testimonial.**

7.1. La prueba anotada, tiene suficiente y razonada explicación de cómo se perpetró el delito, tal como hemos visto en líneas anteriores; y principalmente los testimonios son suficientes para fundamentar una sentencia de culpabilidad, ya que en ellos se encuentra la verdad histórica de los hechos. **7.2.** La acusada Lourdes Pilar Borbor Mármol, en su testimonio que lo rinde bajo juramento, en la audiencia de juzgamiento dice: "yo quiero aclarar en base a todos los testimonios que he escuchado... se me acusa de la sustracción de un dinero que he cogido cosas personales y sobre todo sobre el asunto de la motobomba... en cuanto al delito de peculado, no he cometido dolo, no me he cogido nada ilícitamente, no he estafado a nadie, quedó clara que sirvieron los sesenta y dos dólares, para el asunto de la gasolina y para las canastas navideñas, tengo una pequeña casa que me concedió el MIDUVI, no tengo más, no he cometido peculado, soy injustamente acusada... (sic)". Al contrainterrogatorio de la Fiscalía dice: "Si trabajé en el Cuerpo de Bomberos de Chillanes desde el 2007 hasta el 2008, mis funciones era de secretaria tesorera, como tesorera de encargarme de asuntos de los reembolsos, desembolsos de la institución, todo cuanto a los cheques, firma de cheques de compras, de todo lo necesario para el Cuerpo de Bomberos... yo no me llevé el carro a Caluma, el señor Arturo Gaibor Cabezas, él fue el que procedió a llevar el carro a Caluma... las piezas que se sacó del autobomba se vendió por autorización del señor Arturo Gaibor

Cabezas, la autorización fue verbal y escrita, lamentablemente fui víctima después que don Arturo renunció, se tomaron el cuartel como medida de hecho, los mismos señores bomberos, lamentablemente allí se perdieron documentos... las piezas se vendió al señor Arnulfo Guerrero en la cantidad de sesenta y dos dólares, cuando se hizo la transformación del carro..." (fs. 241 vta. y 242). El testimonio de la acusada, en nada enerva, contradice o desvanece los testimonios que constituyen la prueba de cargo en su contra, como tampoco ayuda a su situación jurídica, pero si declara que vendieron las piezas del vehículo autobomba que recibieron en comodato del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, por autorización del señor Arturo Gaibor, Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes de ese entonces.

OCTAVO. Análisis de la Sala: La Resolución de aplicación obligatoria, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 24 de febrero de 2010, y publicada en el Registro Oficial Nro. 154 del 19 de marzo de 2010, en el art. 1, dispone: "Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporados por el artículo 2 de la Ley Nro. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal." El art. 3 establece que: "Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación." En tal virtud y por cuanto los hechos investigados, se han producido en el período comprendido entre el 5 de enero de 2005 y el 30 de abril de 2009; esto es, con anterioridad a la antes citada Resolución expedida por la Corte Nacional de Justicia, de lo que se deduce que no es necesario el informe previo de la Contraloría General del Estado". Por el antecedente y fechas anotadas, la Sala considera que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial (art. 194 Constitución de la República del Ecuador), por lo tanto, en el presente caso sometido a nuestro estudio le corresponde cumplir su función de dirigir, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, *con especial atención al interés público* y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal, así lo dispone el art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, lo que guarda relación con los arts. 65 y 66 del Código de Procedimiento Penal. Como se deja anotado, el presente proceso penal tiene como antecedente el examen especial a las cuentas: Disponibilidades, inversiones en existencia de bienes para uso y consumo corriente, inversiones de bienes de larga duración, incumplimiento de un deber legal de evitar la mala

administración o ejercicio ilegítimo de un derecho o del cargo público. El verbo rector del delito, abusar, implica que el funcionario público, a sabiendas, adopta una conducta impropia respecto del patrimonio público, materializándose esta figura de manera equívoca con el único ánimo de causar daño a dicho patrimonio, como en el presente caso, los procesados con el cometimiento de éste delito, han causado grave perjuicio económico al patrimonio del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, provincia Bolívar, al realizar el cambio, la transformación, la venta y la utilización del dinero, del vehículo motobomba, en un autotanque, pasando a ser un vehículo inservible, sin ningún beneficio y perdiendo su objeto social para lo cual fue destinado a través del Contrato de Comodato por el cual el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, entregó al Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes; olvidándose estos ex funcionarios públicos lo que ordena el art. 233, inc. 1º de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. **NOVENO:** Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, tipificada en el art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”; por lo que el castigo impuesto debe causar simetría con el comportamiento y la culpabilidad; es así que el art. 306 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente señala que el Tribunal de Garantía Penales al elaborar la sentencia debe incluir una motivación completa y suficiente, **y la regularización de la pena respectiva en caso que se hubiera declarado la culpabilidad del proceso;** en resumen, el principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano. Este principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos, siendo los operadores de justicia, los garantes del equilibrio que se mantenga, pues nosotros somos quienes de-

bemos determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos. De lo que se colige, que el principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la racionalidad en la actividad jurisdiccional, pues los criterios de la sana y especies valoradas del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes por el período comprendido entre el 2005-01-05 y el 2009-04-30, con cargo al plan operativo de control del año 2009, de la Delegación Provincial de Bolívar, de conformidad a la orden de trabajo 00301-DR6-DPB de 2009-04-20, se analizó las modificaciones realizadas en la autobomba al servicio de la entidad examinada, de propiedad del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, en donde se establece presunción de indicios, de responsabilidad penal (fs. 61 a fs. 157). Con el objeto de obtener la certeza de la Sala sobre la identidad del o de los agentes del cometimiento de la infracción, recurre a los siguientes elementos: La existencia material de la infracción en contra del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, se encuentra demostrada conforme a derecho, con el informe de la Contraloría, a través del informe especial en donde establecen presunción de responsabilidad penal con el contrato de comodato, celebrado entre el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito y el Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, por medio del cual entregan un autobomba F700, marca Ford, año 1978, motor F75FVVV66342, chasis 71209-D3TA-HA-1-D-14, color rojo, funcionando; equipos: dos mangotes, una baliza con sirena y parlante incorporado, control de baliza, molineo con mangueras y pistola, monitor tipo cañón sin funcionamiento, sin llantas de emergencia; estado general del vehículo y pintura bueno, llantas regulares; y, la responsabilidad de los procesados está comprobada con la evidencia cierta de que los mismos actuaron de manera consciente con el indudable propósito de vulnerar el bien jurídicamente protegido por la ley penal. Cuando hablamos de peculado, estamos hablando de una disposición que pretende regular y disciplinar, particularmente, la ejecución del gasto en y por parte de la Administración Pública, o dicho en términos más amplios, que los bienes de la Administración sean efectivamente utilizados para lo cual están destinados, así el uso diverso que de ellos se haga, se realice en beneficio de la misma Administración; lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular por parte de la Administración, sino que lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización, no sólo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aún cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la propia Administración. **Los Sujetos:** El sujeto activo de este tipo penal está representado, como todas las formas de peculado, por un servidor público y que ése servidor público debe tener la administración y/o custodia, de los bienes que posteriormente malversa, esto es, destina mal, en forma indebida, por razón de sus funciones. **Los Objetos:** Entendiéndose que no se

protege aquí, de manera directa, el Patrimonio de la Administración, y ni siquiera la posibilidad de disponibilidad sobre los bienes de los cuales es ella titular, sino la disciplina, la organización en la sujeción del gasto y en la utilización y/o empleo de los mismos, en aquellas hipótesis en que la beneficiada con tal comportamiento es la misma Administración, podemos decir que el presupuesto actual de la norma reside en evitar la malversación o mala administración de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, de tal manera que es necesario que tal conducta revele ser crítica se entrelazan con el principio de proporcionalidad a lo largo del proceso penal, siendo observados por el juez en todo momento; de tal modo que el principio de proporcionalidad es el parámetro de conducta, que debe poner el juez para garantizar en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso penal, es decir que la pena debe ser resultante y consecuencia del hecho cometido, así la pena debe estar limitada entre otras circunstancias por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo, pues sólo de este modo la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituye en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, teniendo siempre en cuenta que la pena tiene un significado rehabilitador, por lo que debe considerarse las condiciones personales del sujeto directamente relacionados con su acción, pues solo así se encuentra el equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de la pena que le corresponde a quien lo realizó, siempre respetando la dignidad humana. Por las consideraciones anotadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, esta Sala de Garantías Penales de Bolívar, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, y **confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar; pero** modificando la pena por los motivos expuestos en el considerando Noveno de la presente sentencia, a favor del recurrente en apelación señor Luis Arturo Gaibor Cabezas, imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional; la misma que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de esta ciudad de Guaranda. Se declara el Abandono del Recurso de Apelación respecto de la recurrente ausente Lourdes Pilar Borbor Mármol. Ejecutoriada que sea la presente sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) **Dra. Nelly Núñez Núñez Conjueza Provincial Ponente, Dr. Freddy Espinoza Chimbo Conjueza Provincial, Dr. Washington Bazantes Escobar Juez Provincial.**

RECURSO DE CASACIÓN

Resolución No. 730-2013

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL. Quito, 21 de junio de 2013. Las 11h30.

VISTOS: (1346-2012) En virtud al sorteo realizado, corresponde el conocimiento de esta causa al Dr. Merck Benavides Benalcázar como Juez Ponente, y; al Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Wilson Merino Sánchez como Jueces Nacionales integrantes de este Tribunal; de conformidad con lo dispuesto en los arts. 141 y 183, inciso sexto del Código Orgánico de la Función Judicial. **ANTECEDENTES DE LA CAUSA:** Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García Miño y Aníbal Edison Flor Silva, miembros del Cuerpo Bomberos del cantón Chillanes, quienes denuncian que Luis Arturo Gaibor Cabezas y Lourdes Pilar Borbor Mármol, Comandante y Secretaria Pagadora de mencionada institución, respectivamente, han cometido actos que no estaban de acuerdo con sus funciones, llegando al extremo de transformar la motobomba que había sido entregada a través de un contrato de comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito en un carro tanque, para luego vender los accesorios del vehículo motobomba en sesenta dólares americanos, los mismos que habían sido dispuestos arbitrariamente, hechos ante los cuales, la Contraloría General del Estado, ha emitido el informe de indicios de responsabilidad penal en contra de los denunciados, así como la Fiscalía el dictamen acusatorio. El Juzgado Sexto de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 11 de octubre de 2011, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, por considerarlos presuntos autores del delito tipificado y reprimido por el art. 257 del Código Penal. El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 03 de mayo de 2012, dicta sentencia y declara a Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 257 del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada a la primera de cuatro años de reclusión mayor ordinaria y, al segundo la pena de cinco años de prisión correccional, de conformidad con el beneficio y excepción prevista en el art. 57 del Código Penal. La Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, con fecha 19 de octubre de 2012, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, y confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, pero modificando la pena a favor del recurrente en apelación, imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional, se declara el abandono del recurso de apelación respecto de la recurrente ausente Lourdes Pilar Borbor Mármol. El sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, interpuso recurso de casación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. **ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA:** Según lo dispuesto en el Art. 352, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 345, ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos pro **FUNDAMENTACIÓN DEL**

RECURSO POR PARTE DE LUIS ARTURO GAIBOR

CABEZAS: La doctora Lolita Montoya, Defensora Pública a nombre de Luis Arturo Gaibor Cabezas dice: Corresponde en esta audiencia fundamentar el recurso de casación presentado por el señor Luis Arturo Gaibor Cabezas, la defensa de conformidad a lo establecido en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, establece que efectivamente la sentencia dictada por los señores Jueces de la Sala lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, ha violado la ley de manera directa por haber contravenido lo dispuesto en el Art. 32 del Código Penal, y por hacer una indebida aplicación del Art. 257 *ibídem*, porque efectivamente dentro de este proceso penal de peculado se ha establecido que su defendido el señor Luis Arturo Gaibor Cabezas, actuó sin dolo alguno, como se ha podido observar dentro del proceso y de las pruebas presentadas, ya que el acusado era el representante del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Chillanes, el antecedente para este delito de peculado es que él como representante del Cuerpo de Bomberos acudió a un taller en la ciudad de Caluma, ya que era autorizado por una institución italiana con fondos que cubría estos gastos, cancela la cantidad de 3700 dólares por el arreglo de ese automotor; el señor Nelson Malatay, certifica que ha realizado trabajos de reparación sobre la estructura de la motobomba del Cuerpo de Bomberos de Chillanes, provincia de Bolívar y que el teniente Luis Gaibor, era la persona que ha llevado este vehículo con el fin de que sea arreglada la motobomba para prestar un servicio eficiente a la comunidad; con esta certificación se establece que estas piezas son obsoletas que no sirven, por lo que el señor Jefe del Cuerpo de Bomberos decide venderlas en sesenta dólares como chatarra y este dinero emplearlo para transportarse, así como en el pago de unos bonos o canastas navideñas a los empleados de la institución; existe una contravención a lo dispuesto en el Art. 226.2 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el tribunal y el juez A quo acepta como acusador particular a un miembro del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Chillanes, pero la norma es muy clara al establecer que los representantes legales del sector público obligatoriamente deben presentarse como acusadores particulares en los procesos penales que afecten al interés estatal, violando el debido proceso, no se debía tomar en cuenta la mencionada acusación y luego por no presentarse en la audiencia de juicio se declara abandonada la acusación particular; la segunda violación al debido proceso ya que el informe de Contraloría se lo hizo el 11 de mayo de 2011, cuando se da inicio a la instrucción fiscal, ya que su defendido podía acogerse al Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, al principio de favorabilidad, a la resolución del 24 de febrero de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia, que establece que debe haber un informe previo de Contraloría en los procesos penales por peculado y enriquecimiento ilícito; el autor Edgardo Alberto Donna, indica que los elementos objetivos del delito de peculado establece el sujeto pasivo, el verbo rector, el bien jurídico protegido; los elementos subjetivos o la tipicidad subjetiva se compone de dos ele-

mentos objetivos y subjetivos así en la tipicidad objetiva encontramos los elementos analizados en el numeral anterior para que la conducta sea típica es decir para que se subsuma en el tipo penal del Art. 257 del Código Penal, debe cumplirse con la tipicidad subjetiva (**Sic**) este elemento se refiere a la finalidad con la que se realizó la acción para que esta sea punible solo puede realizarse con dolo o culpa, el dolo entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el querer realizar la conducta, o la culpa al violar el deber objetivo de cuidado, que esto jamás se ha probado en la audiencia de juicio ya que su defendido actuó negligentemente pero no dolosamente, de esta manera ha fundamentado el recurso de casación por cuanto su defendido no actuó con voluntad ni conciencia al cometer este acto de conformidad con el art. 32 del Código Penal, por lo que la pretensión de la defensa es de que se acepte el recurso de casación. **CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El doctor Andrés Hidrobo, a nombre del Fiscal General del Estado, fundamenta el recurso manifestando que: Parte del hecho de la última lectura que fue utilizado como argumento por parte de la defensa respecto al tipo penal de peculado cuando trata de incluir los dos aspectos subjetivos del tipo doloso y culposo este es un tema puramente doloso y ese elemento subjetivo se llega a determinar y establecer durante la audiencia de juzgamiento y el aporte probatorio para determinar que esta estructura dual del delito tanto la existencia como la responsabilidad ha sido establecido legamente; indica que existe un informe de Contraloría que consta del proceso que fue recogido por la sentencia y que prácticamente viene a ser el elemento probatorio de mayor trascendencia donde se establece y se determina un perjuicio patrimonial que va más allá de treinta mil dólares; habido una inobservancia por parte del funcionario público, hoy acusado Arturo Gaibor, ya que fue la persona que suscribió el contrato de comodato y sabía cuáles eran sus funciones y que fin tenía que darle a este bien que fue entregado al Cuerpo de Bomberos de la Municipalidad de Chillanes, que no fue utilizado de la manera acordada, se dio un uso ilegítimo y fue desmantelado tanto así como consta en las declaraciones de las personas que hicieron a manera de chequeos mecánicos hubo este cambio a la naturaleza de este bien; que la posición por parte de la defensa no constituye un argumento de casación, por lo que la Fiscalía considera que no ha sido fundamentado la norma procesal penal y en cuanto a la acusación particular considera que es un tema procesal y no de casación solicitando se rechace el recurso de casación. Estando la causa en estado de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO: COMPETENCIA:** Este Tribunal, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, 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, art. 349, del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL:** El recurso de casación, ha sido tramitado conforme la norma procesal del

art. 352, del Código de Procedimiento Penal, y lo dispuesto en el art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez. **TERCERO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL: 3.1.** El art. 424 de la Constitución de la República, establece la supremacía constitucional; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), establece las garantías judiciales y la igualdad de las ciudadanas y los ciudadanos ante la ley, en sus arts. 8 y 24, principios recogidos y positivados en los arts. 76 y 77, de nuestra Carta Fundamental. El art. 8.2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a las Garantías Judiciales dispone: "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...". El primer inciso del art. 229 de la Constitución de la República, manifiesta que: "...Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público...". El art. 233 de la Constitución de la República, establece: "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas". El principio de legalidad, junto con el principio de seguridad jurídica establecidos en los art. 76.3 y 82 de la Constitución de la República, constituyen las normas fundamentales en base a las cuales se deben sustanciar los procesos penales. Esto tiene relación con lo que dispone el art. 2 del Código Penal, que se refiere al principio de legalidad; como el art. 2 del Código de Procedimiento Penal, que habla del principio de legalidad procesal, es decir a la manera como a de sustanciarse la causa en sus diversos trámites previamente establecidos por la ley. **3.2.** El recurso de casación, tiene como objeto velar por el principio de la seguridad jurídica, establecido en el art. 82 de la Constitución de la República, el cual se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador competente, por lo tanto, es importante que el casacionista, al interponer el recurso de casación, lo haga con claridad y precisión, siendo categórico al determinar que la sentencia emitida por el tribunal Ad quem vio-

la la ley, por las tres causales determinadas en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, para que de esta manera, el tribunal de casación, sobre la argumentación y fundamentación vertidas en la audiencia oral pública y contradictoria, se forme un juicio de valor para poder pronunciarse sobre el caso concreto, puesto a su conocimiento y resolución; por lo que el papel del recurrente es de trascendental importancia, considerando que el recurso de casación es de carácter extraordinario que busca corregir los errores de derecho en la sentencia impugnada, es decir que es un enfrentamiento entre la sentencia recurrida y la ley. **3.3.** El casacionista, al fundamentar su recurso, argumenta que se ha violado la ley por haber contravenido lo dispuesto en el art. 32 del Código Penal, por hacer una indebida aplicación del art. 257 *ibidem*, y por existir una contravención a lo dispuesto en el art. 226.2 del Código de Procedimiento Penal, mismos que refieren, a la responsabilidad, al delito de peculado; y, a la acusación particular. **3.3.1.** El art. 32 del Código Penal establece: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"; del caso en concreto se determina que el recurrente actuó con voluntad, es decir, la disposición y el ánimo de querer hacer algo, que en el caso de análisis fue vender las piezas, accesorios de la motobomba, constituyéndose ésta en el elemento volitivo del dolo, ya que su acto de voluntad contraviene la ley; en lo que se refiere a la conciencia, el sentenciado, por el hecho de ser el Comandante del Cuerpo de Bomberos del cantón Chillanes, es decir un servidor público, conocía cuales eran sus atribuciones, responsabilidades y obligaciones, ya que ejercía la representación legal de dicha institución, y por tal motivo se verifica el cumplimiento del elemento cognitivo del dolo, que según Francisco Muñoz Conde, "El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo *objetivo* de un delito" (Muñoz Conde, Francisco, "Derecho Penal, Parte General", pág. 267). Por lo que la argumentación anotada por el recurrente es insuficiente para determinar que se ha violado la ley por haber una contravención a lo dispuesto en el art. 32 del Código Penal, ya que el sentenciado actuó con voluntad y conciencia al realizar los actos de carácter penal, que constan de la sentencia recurrida. **3.3.2.** El recurrente indica que se ha hecho una indebida aplicación del art. 257 del Código Penal; debe entenderse por indebida aplicación el haber aplicado una norma que no corresponde a los antecedentes del caso concreto; del análisis de la sentencia emitida por el tribunal Ad quem, se determina que el recurrente efectivamente se dispuso de los accesorios de un bien que fue entregado mediante un contrato de comodato, para un fin determinado, verificándose por tal motivo la existencia de la infracción y la responsabilidad de Luis Arturo Gaibor Cabezas, por el delito de peculado, ya que la ley, en este tipo penal, es clara al establecer "...de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en

desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante...". Por lo que la argumentación del casacionista es equivocada al pretender determinar que ha existido una violación a la ley por una indebida aplicación del art. 257 del Código Penal, ya que se causó un perjuicio a la institución por la mala actuación de su representante legal, lo cual da como resultado el haber adecuado su conducta a lo establecido en el tipo penal establecido en el artículo ya mencionado.

3.3.3. En lo que se refiere a lo alegado por el recurrente respecto de la acusación particular, tenemos que anotar que el espíritu de esta institución jurídica, es ser sujeto procesal, en los delitos de acción pública; en el caso concreto, la acusación particular ha sido declarada abandonada, sin que se haya violado norma jurídica alguna; tenemos que anotar que el peculado es un delito de acción pública y que según el art. 33 del Código de Procedimiento Penal, su ejercicio le corresponde exclusivamente al fiscal, inclusive sin necesidad de denuncia previa. Por todo lo anotado, se llega a determinar, que la argumentación del recurrente, en base a las disposiciones legales enunciadas en la audiencia oral, pública y contradictoria, no son suficientes para casar la sentencia dictada por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, por cuanto no se determina la violación de las normas jurídicas arriba indicadas, en los casos previstos en el art. 349, del Código de Procedimiento Penal, tanto más que la sentencia dictada por el juzgador, valora la prueba con base a las reglas de la sana crítica, como dispone el art. 86, *ibidem*, llegando a la certeza que se ha probado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del recurrente. Es necesario ratificar, que es obligación exclusiva del casacionista establecer, con claridad y precisión, las normas jurídicas que considera han sido vulneradas y demostrar cómo se afectó o influyó en la sentencia recurrida.

3.4. El Art. 358, del Código de Procedimiento Penal, faculta al tribunal casar de oficio la sentencia si en esta se observa una violación a la ley; el art. 57 del Código Penal establece: "No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta y cinco años. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional. Si hallándose ya en reclusión cumpliera sesenta y cinco años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior. Lo mismo podrán resolver los jueces respecto de las personas débiles o enfermas". La Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, hace una indebida aplicación a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal, ya que en el evento de que un ciudadano mayor de sesenta y cinco años, cometa un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional, pero eso no significa de que un adulto mayor, no sea sancionado conforme lo determina la ley, ya sea con reclusión ordinaria, extraordinaria y especial, pues si comete un delito sancionado con una pena de ocho a doce años reclusión mayor ordinaria, éste cumplirá su pena conforme lo establece la ley, por el delito cometido,

que en el caso en concreto es el de peculado; que por el hecho de tener una edad avanzada esto es más de sesenta y cinco años, su pena la cumplirá en un centro destinado para prisión correccional, es decir que la norma jurídica antes indicada únicamente se refiere al lugar donde debe cumplirse la pena impuesta. Este Tribunal de casación, en goce de la potestad que la ley le otorga, analiza la sentencia en su totalidad, esto es respecto a la resolución dictada por la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, en relación con la norma jurídica aplicada para establecer la pena respecto de Luis Arturo Gaibor Cabezas, ya que el juzgador ad quem hizo una indebida aplicación del art. 57 del Código Penal.

RESOLUCIÓN. Este Tribunal de la Sala de lo Penal 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**, en virtud a que el recurrente al fundamentar su recurso de casación no ha llegado a determinar la violación de la norma jurídica alguna en la sentencia recurrida, según lo que dispone el art. 358, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Luis Arturo Gaibor Cabezas; de oficio se casa la sentencia respecto de la pena impuesta, por cuanto existe una indebida aplicación del art. 57 del Código Penal, por lo que la pena que le corresponde es de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, sin embargo como no se le puede empeorar la situación jurídica por ser el único recurrente, según lo que dispone el art. 77.14 de la Constitución de la República, queda vigente la pena impuesta en la sentencia dictada por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar. Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines legales pertinentes. Actué la doctora Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada. **Notifíquese.**

f) **Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales.**

— — — — —

 IX

Juicio penal por asesinato de quien en vida se llamó Miriam Ayo Cruz en contra de Víctor Fabián Tercero Chusete.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, analiza detenidamente el fallo recurrido y concluye: que ninguna de las alegaciones tiene sustento. Que es el mismo abogado de la defensa, quien, al fundamentar la apelación, desarticuló su propia teoría, en virtud de la cual planteó la violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, al intentar configurar un error en

la tipificación de la conducta del acusado de asesinato a homicidio simple. La Sala ratifica el fallo de condena por asesinato con agravantes.

FALLO DEL TRIBUNAL PENAL

Juez Ponente: Dr. Luis G. Mora A.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES OCTAVO DE PICHINCHA. Quito, 14 de junio del 2011. Las 08h30.

VISTOS: Constituido el Tribunal en audiencia de juicio para conocer y resolver la situación jurídica de VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE, en contra de quien el Juez Décimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha, con fundamento en el artículo doscientos treinta y dos (art. 232) del Código de Procedimiento Penal y luego de la audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal ha dictado Auto de llamamiento a juicio en su contra por considerarlo presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) numeral uno (1), en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del Código Penal, esto es por asesinato, auto que una vez ejecutoriado se ha remitido a la Sala de Sorteos del Distrito de Pichincha para que se radique la competencia en uno de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha y en el sorteo de ley efectuado el veintisiete (27) de abril del año dos mil once (2011) se radicó la competencia en este Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, ante el cual se realizó la audiencia de juzgamiento, en la que las partes hicieron valer sus derechos de defensa; por lo que, siendo el estado de la causa el de sentenciar, para hacerlo se considera: **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El acusado se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador en virtud de la norma constante en el numeral cinco (5) del artículo diecisiete (art. 17); numeral uno (1) del artículo dieciocho (art. 18); numeral uno (1) del artículo veintiocho (art. 28) y trescientos seis (306) del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de Garantías como Juez pluripersonal es competente, tanto por las personas como por el territorio y la materia, para conocer y resolver la presente causa. **2. VALIDEZ PROCESAL.** La audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal conforme lo determina el artículo doscientos veintiséis punto uno (art. 226.1) del Código de Procedimiento Penal, tiene por objeto que el fiscal y la defensa presenten sus alegatos a fin de determinar y resolver sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, admisibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y de procedimiento que hayan sido inobservados durante la etapa de instrucción fiscal y por tanto puedan afectar la validez del proceso, por lo que superada esta etapa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos setenta y cinco (75), setenta y seis (76), setenta y siete (77), ciento sesenta y ocho punto seis (168.6) y ciento sesenta y nueve (169) de la Constitución de la República del Ecuador, en la tramitación de esta causa se han observado las garantías del debido proceso establecido en la Constitución y la Ley, por lo que verificado su cumpli-

miento se declara la validez del proceso. **3. IDENTIDAD DEL ACUSADO.** El acusado responde a los nombres de: VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. xx, de 30 años de edad, de estado civil unión libre, de profesión Policía en servicio activo, domiciliado antes de su aprehensión en San Antonio de Pichincha, Avenida Manuel Córdova Galarza y Séptima Transversal, de esta ciudad de Quito. **4. RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL ACUSADO. 4.1. Relación procesal:** El doctor Vicente Reinoso Larrea, Fiscal de Personas y Garantías de Pichincha, en su alegato inicial o teoría del caso manifiesta: En base del acta de levantamiento de cadáver de fecha 14 de enero del 2011 de la que en vida se llamó Miriam Ayo Cruz, en San Antonio de Pichincha, vía a Calacalí kilómetro uno y la Séptima intersección. Este levantamiento de cadáver fue realizado por las Cabos Segundo de Policía Wendy Liliana Barrera y Cecilia Janneth Achig Cajamarca, las mismas que encontrándose de turno de levantamiento de cadáveres, por disposición de la Central Metropolitana de Atención Ciudadana (CEMAC) se trasladaron al lugar antes indicado, en donde procedieron a realizar el levantamiento del cadáver de la que en vida fue Miriam Ayo Cruz, de 25 años de edad. Que al momento de realizar esta diligencia las señoritas Policías se entrevistaron con el señor Luis Gonzalo Ayo Chipantasig, padre de la occisa quien entre otras cosas manifestó que a eso de las 02h30 de la mañana su yerno Víctor Fabián Tercero Chusete había acudido a su domicilio a indicarles gritando que su esposa estaba muerta por lo que de inmediato se trasladaron a la casa de su hija en donde la encontraron muerta. Por lo que procedieron a prodigarle los primeros auxilios, recogiéndola y subiéndola en una camioneta de Víctor Fabián Tercero trasladándose a la Clínica Dos Hemisferios de la Mitad del Mundo, en donde los médicos constataron y determinaron su muerte; de igual forma las señoritas Policías en conversaciones mantenidas con vecinos del lugar, pudieron receptor oralmente versiones de que esa noche escucharon un solo disparo, de igual forma les entregaron a estas señoritas Policías una copia de una denuncia en la Comisaría de la Mujer y la Familia, así como una boleta de auxilio conferida a favor de la que en vida se llamó Miriam Ayo Cruz. El delito acusado por la Fiscalía es por el delito de asesinato, tipificado y sancionado en el art. 450, circunstancia 1ra, esto es con alevosía del Código Penal. **4.2. Cargos que se formulan en contra del acusado:** Concluida la instrucción fiscal y luego de la audiencia preparatoria del juicio y sustentación del dictamen fiscal al término de la etapa intermedia, el Juez de la causa con fundamento en el artículo doscientos treinta y dos (art. 232) del Código de Procedimiento Penal ha dictado Auto de Llamamiento a Juicio en contra del acusado VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE considerando que de las diligencias actuadas en la etapa de instrucción fiscal existen presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación y responsabilidad del acusado como presunto autor del delito

y tipificado y sancionado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) numeral uno (1), en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del Código Penal, esto es por asesinato. **5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL.** Bajo los principios fundamentales de presunción de inocencia, formulación oficial de cargos y no autoinculpación, la finalidad de la etapa del juicio, conforme los disponen los artículos ochenta y cinco (85) y doscientos cincuenta (250) del Código de Procedimiento Penal (**sic**) determina que “La sustanciación de los procesos, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, en concordancia con el artículo ciento sesenta y nueve (art. 169) de la misma Constitución que expresa 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...”. Estos principios rectores del juicio guardan armonía con los principios generales de la prueba establecidos en el artículo setenta y nueve (art. 79) del Código Procesal Penal que dispone: “Las pruebas deben ser producidas en la etapa del juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes”, “con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes” y el artículo doscientos cincuenta y tres (art. 253) *ibidem* dispone que el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de los sujetos procesales, es decir bajo los principios de concentración e inmediación. **LA PRUEBA MATERIAL,** según lo dispone el artículo noventa y uno (art. 91) del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado con la debida cadena de custodia, para ser presentado en la etapa del juicio mediante los correspondientes testimonios y reconocimientos periciales y ser valorados por los Tribunales Penales. **LA PRUEBA TESTIMONIAL,** consiste en las declaraciones que hacen terceras personas no relacionadas con el juicio; la declaración del ofendido por sí sola no constituye prueba, conforme el artículo ciento cuarenta (art. 140) del Código de Procedimiento Penal, mientras que la del acusado constituye medio de defensa y de prueba a su favor según lo determina el artículo ciento cuarenta y tres (art. 143) del Código de Procedimiento Penal; y, para que surta tales efectos debe guardar armonía con las demás pruebas practicadas e introducidas en la audiencia. **LA PRUEBA DOCUMENTAL,** consiste en los documentos públicos y privados, según establece el artículo ciento cuarenta y cinco (art. 145) del Código de Procedimiento Penal; y, la manera de incorporarlos a juicio, la calidad y eficacia probatoria de tales documentos en el sistema oral dependerá de la calidad del documento y hará fe en el juicio penal y no requerirá de acreditación con la comparecencia del otorgante en tratándose de documentos públicos autorizados con las solemnidades legales por el competente empleado o funcionario, salvo

en los casos que se alegue falsedad o falsificación, en cuyo caso habrá de estarse a las normas de prejudicialidad y pesquisa directa, según sea el caso; y, en los casos de documentos privados deberán ser acreditados con la comparecencia del otorgante para establecer la veracidad de su contenido a través del examen y contra examen, conforme así lo determina el artículo doscientos ochenta y seis punto cinco (art. 286.5) del Código de Procedimiento Penal. En virtud del principio de libertad de prueba, pueden presentarse otros medios de prueba que aporten al conocimiento y esclarecimiento de los hechos que serán valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. **CAMPO DE LA PRUEBA.** Para que exista juicio es necesario que haya Acusación Fiscal, es decir proposición positiva de cargos en contra del acusado y sobre lo cual éste debe responder según lo determina el artículo doscientos cincuenta y uno (art. 251) del Código de Procedimiento Penal; y, en la etapa del juicio tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y la culpabilidad del acusado, para atribuirse o no la comisión de la infracción y determinar con certeza su culpabilidad o inocencia, según lo dispone el artículo trescientos cuatro A (304-A) del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, en la audiencia de juzgamiento el señor Fiscal debe probar fehacientemente y conforme a derecho la existencia del delito de asesinato, tipificado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) del Código Penal, el mismo que dice: “Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1) Con alevosía...;”, infracción por la que fue llamado a juicio y acusado el procesado y en esta etapa se sustanció ante este Tribunal de Garantías Penales, en la que la Fiscalía General del Estado representada por el señor fiscal Doctor Vicente Reinoso Larrea, quien intervino en la audiencia de juzgamiento, por mandato Constitucional y Legal debe y está obligado a demostrar y probar conforme a derecho tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal del acusado. **Objeto de la prueba.** El objeto material y jurídico de la prueba que se debe actuar en el juicio es el delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) numeral uno (1) del Código Penal; es decir que debe probarse el nexo causal entre la infracción cometida y su responsable; mientras que el objeto jurídico de la prueba recae sobre el bien jurídico que se pretende proteger con la ley, que en el presente caso, al tratarse de un delito de asesinato, es la vida. **6. EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO.** A fin de establecer tanto la existencia del delito como la culpabilidad del acusado, conforme a los alegatos iniciales o teorías del caso, los sujetos procesales presentan las respectivas pruebas: **6.1. PRUEBA POR PARTE DE LA FISCALÍA.** El doctor Vicente Reinoso Larrea, Fiscal de Personas y Garantías de Pichincha, a continuación con el fin de probar su posición procesal, hipótesis de adecuación típica o teoría del caso procedió a pedir la correspondiente prueba y a enunciar la lista de testigos que declararon ante este tribunal en el siguiente orden: **1) Cabo de Policía**

CECILIA JANNETH ACHIG CAJAMARCA, quien manifestó, laboró en la Policía Judicial de Pichincha en la Brigada de homicidios por ocho años cinco meses. El 14 de enero del 2011 en el sector vía Calacalí km 1 y la Séptima Intersección, esto es en San Antonio de Pichincha, sector de la Mitad del Mundo. Una vez que nosotros nos encontrábamos en el lugar de los hechos, al ingresar al interior del inmueble se pudo observar que el cadáver de Miriam Ayo Cruz se encontraba en posición sedente, sentada en el sillón con su vestimenta con maculaciones de color rojo, sangre. El domicilio es de una planta de construcción mixta, está compuesto de lo que es la sala donde tiene el comedor, dos dormitorios, el uno donde utilizaba la hoy occisa con su esposo, el otro que decían que era el cuarto de la niña, la cocina y dos baños, el uno terminado, el otro no, lo que se pudo observar en el momento en que se encontró el cadáver, el mismo estaba en la sala justo en uno de los sillones sentada, de posición sedente. El domicilio tenía dos puertas de ingreso, una por la cocina y otra por la sala. Por las dos se ingresaba a sala y dormitorios. La sala estaba en la puerta principal, el sillón estaba a una distancia que no puedo determinar bien. Para realizar la inspección del cadáver se procedió a ponerle en el piso donde a breve vista con el personal de Criminalística se pudo observar que tenía un orificio con similares características a las producidas por el arma de fuego y conjuntamente con el personal de Criminalística se observó que tenía el orificio de entrada y el de salida. El orificio de entrada ingresaba por la parte de la espalda y salía a la altura del pecho. Ahí se pudo apreciar igual la trayectoria de la bala que se presumía que era de abajo hacia arriba, porque ingresa el disparo por la parte de la espalda, media espalda y sale por la parte de acá arriba en el pecho. Una vez que se hizo el examen externo del cadáver se procedió a verificar en el interior del cuarto a ver si es que encontrábamos la vaina percutida ya que tenía orificio de salida, sin antes entrevistar al señor Tercero Chusete quien supo manifestar en primera instancia en la entrevista que él se había encontrado descansando en el dormitorio con su esposa y su hija, a lo que su esposa le despierta diciendo mijos nos van a robar, a lo que la señora se levanta, eso es por versión del señor Tercero Chusete, luego él se levanta detrás de ella, sin antes decirnos que los supuestos ladrones les había cortado el cable de luz del domicilio de ellos, una vez que la señora se levanta el señor Tercero indica que se había dirigido al otro dormitorio que queda al lado, donde había tenido en un velador su arma de dotación la misma que procede a coger del cajón, que la señora sale primero, abre la puerta y al momento de abrir la puerta los supuestos delincuentes disparan en contra de la humanidad de su esposa a lo que él también con el arma de fuego de dotación ha realizado un disparo al aire. Una vez que se le escuchó al señor Tercero se procedió en el interior del inmueble a revisar si es que hay un impacto de la bala sea en las paredes, en el mueble, en vista de que tenía el cuerpo orificio de entrada y de salida de la hoy occisa, no se pudo encontrar absolutamente nada, más que donde la hoy occisa se encontraba en el sillón había un char-

co de sangre ahí se encontró una vaina percutida o sea disparada, la vaina tenía en la culata pintada de color rojo o verde no me acuerdo. Las vainas que nosotros utilizamos en la Policía Nacional tenemos una caja específicamente pintadas así, por lo que el personal de Criminalística procedió a fijar, levantar la vaina para el respectivo cotejamiento. Una vez que el señor Tercero Chusete indicó que supuestamente también él había realizado el disparo nosotros entrevistamos a varios moradores del sector que vivían cerca del domicilio del señor Tercero a lo que un señor que fabrica bloques supo indicar que sí, que efectivamente a la una de la madrugada él se había levantado; que cuando se levantó que ingresaba una volqueta con materiales de construcción a botar ahí donde elabora los bloques, a lo que la volqueta alza el balde se había impactado con el poste de luz eléctrica por lo que se había ido la luz en todo el sector y no como el señor Tercero supo indicar que supuestamente a ellos les había cortado exclusivamente la luz de su domicilio con las intenciones de robar. De igual forma se procedió con personal de Criminalística a buscar en la parte de afuera si es que se encontraba alguna otra vaina o algún proyectil en vista de que el señor Tercero indicaba que él también había disparado sin embargo no se encontró absolutamente nada, ningún proyectil, ninguna vaina más que la única que se encontraba en el charco de sangre, donde se encontraba la hoy occisa. De igual manera en las entrevistas que se realizó a los moradores del sector supieron indicar que ellos habían escuchado una sola detonación y no había escuchado más detonaciones en la madrugada. En la puerta de ingreso había maculaciones de sangre al costado derecho de la pared, se presumía que la hoy occisa se apegó contra la pared, había salpicaduras a los exteriores de la puerta, había maculaciones en la pared, había salpicaduras mínimas, que había el charco de sangre en el suelo. Los familiares nos supieron indicar que la pareja tenía problemas en el hogar, inclusive la mamacita de la hoy occisa nos hizo llegar una copia de una boleta de auxilio y de una denuncia que la señora había presentado en vida por unas supuestas amenazas que le había dicho el señor Tercero, que en una ocasión le había amenazado con la pistola que le va a matar. No había ningún corte de cables de luz, lo que se procedió es tratar de unir un cable con otro principal para obtener luz y los familiares realizaron una conexión porque estaba oscuro. En el entorno la casa más cercana era la de los papacitos de la hoy occisa, de igual manera había un poco de casas aledañas a unos cinco, seis o diez metros las otras casas que había al entorno del domicilio. Poblado en abundancia no, parcialmente, a unos 10 metros aproximadamente queda el negocio donde fabrican bloques. La vía principal sería la vía a Calacalí y el ingreso sería el pasaje para poder ingresar al domicilio donde habitaba la hoy occisa. Para el ingreso al domicilio había un pasaje la entrada es de tercer orden. Si hay alumbrado público. Al conainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Si consta mi firma y rúbrica en el acta de levantamiento del cadáver. En el acta de levantamiento de cadáver se pone un resumen de lo que se suscitó en el hecho y como acabé de

indicar se entrevistó a varios moradores del sector que posteriormente se les tomó las versiones, en las cuales consta todo lo que yo he dicho. No consta todo en sí. En el acta de levantamiento del cadáver intervino mi persona, mi compañera Cabo Segundo de Policía Wendy Barrera, personal de Criminalística, Teniente de Policía Carlos Rodríguez, personal de servicio urbano Sargento Segundo de Policía Iván García. Nosotros en el lugar de los hechos llegamos aproximadamente a las 01H00 de la madrugada. A las 04h00 se hizo el levantamiento del cadáver. En el lugar de los hechos la escena estuvo manipulada en vista de que por versiones de los familiares indicaron que ellos la habían trasladado en primera instancia a la occisa a la Clínica Dos Hemisferios. Se encuentra como evidencia una vaina percutida. La alimentadora nos entregó el señor Luis Ayo; 2) Doctor LUIS ESTUARDO CISNEROS YÉPEZ, médico forense, quien manifestó, laboró en el Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha, soy médico legista, laboro 26 años y medio. Como consta en mi protocolo de autopsia realicé la pericia de autopsia médico legal de la persona antes indicada. El día 14 de enero del 2011, a las 11h00 procedí a realizar en el Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha la práctica de la autopsia. Al hacer el examen externo del cadáver éste presentaba una herida por penetración de proyectil de arma de fuego. En la cara posterior del emitorax que yo le llamo a la mitad del tórax, del emitorax izquierdo en su cara posterior, es decir en la espalda tenía un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, este orificio estaba localizado más o menos en la parte media tenemos la columna, la cual está constituida por algunas vértebras en el cuello, éstas se llaman vértebras cervicales, ya en el tórax reciben el nombre de vértebras dorsales, si contamos de arriba hacia abajo más o menos a nivel de la quinta vértebra dorsal a ciento once centímetros por encima de los talones y a un centímetro a la izquierda teníamos el orificio por penetración de proyectil de arma de fuego, que correspondió al orificio de entrada de arma de fuego que tenía aproximadamente unos siete milímetros de diámetro. Ya en el tórax, en la parte media, aquí en la parte media tenemos un hueso que se llama el esternón, en la parte media, prácticamente en el pecho superior tenía un orificio de salida de proyectil de arma de fuego y por qué decimos de salida, primero porque su diámetro era mayor, segundo porque sus bordes eran revertidos, tenía un diámetro más o menos de dos por uno y medio centímetros y correspondía a orificio de salida del proyectil de arma de fuego. Ingresaba provocando una fractura del quinto arco costal o sea las costillas y también atrás va provocando fractura del cuerpo de la vértebra, entonces indudablemente ingresa a la cavidad torácica el proyectil. En la cavidad torácica sigue el trayecto y va llevando una membrana que está recubriendo el corazón, entra llevándose la parte superior del pericardio y en el corazón en la parte superior existen bazos como son arterias y venas por las que están entrando y saliendo sangre arterial y venosa, entonces lacera el pericardio que es una membrana que recubre el corazón, atraviesa el

pericardio en su parte posterior porque entra de atrás hacia adelante y en la parte superior es decir ya al nivel de las aurículas de la parte superior están naciendo bazos importantísimos del corazón, como son la arteria aorta, la arteria pulmonar y la cava superior, pero ahí se va llevando los dos bazos principales, la arteria aorta y la cava superior, son bazos de aproximadamente uno o uno y medio centímetros de diámetro. Produce este trayecto de atrás hacia delante de abajo hacia arriba y ligeramente de izquierda a derecha, ese fue el trayecto; en ese trayecto una hemorragia, producto de la laceración de la aorta, de la vena cava superior y del pericardio que recubre las dos arterias que nacen del corazón y produce una solución de continuidad que quiere decir una sección, esto hace que salga una gran cantidad de sangre hacia la cavidad torácica, provocando un hemotorax que es sangre en cavidad torácica que fue lo que produjo la causa de la muerte. Entonces la causa de la muerte fue hemorragia aguda interna por penetración o paso, salida de proyectil de arma de fuego que compromete pericardio, aorta y vena cava superior. La manera de muerte de tipo violenta, porque primeramente hay un trauma y segundo hay una hemorragia. En el protocolo de autopsia se dice que por las características del orificio de entrada y sin tomar en cuenta las prendas de vestir porque cuando yo revisé el cadáver solamente estaba con un brasier y más pero no había la otra prenda que estaba puesta, porque ahí podía ver si es que había sido de contacto o no había sido de contacto porque presenta signos característicos la ropa, pero sin ella no se puede determinar cómo entra ese proyectil de arma de fuego, de acuerdo al orificio de entrada es hecho a larga distancia. El disparo fue hecho de atrás hacia adelante. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: No me corresponde determinar el calibre del proyectil. No puedo determinar esto tiene que darlo Criminalística, la piel es elástica. Claro que puede quedar y se puede hacer un análisis de las partículas que quedaron, pero eso hace Criminalística; 3) Cabo de Policía ROBERTH PATRICIO SÁNCHEZ PINTA, quien manifestó, laboró en el Departamento de Criminalística de Pichincha cuatro años y medio en el área de inspección ocular, acudimos al lugar de los hechos por comunicación de la central de radio a las 3h30 de la mañana del día viernes, acudimos al lugar de los hechos que se encuentra ubicado en la intersección vía Mitad del Mundo, Calacalí, Km.1, Séptima transversal. Al costado derecho de la Avenida Mitad del Mundo se observa un camino de tercer orden en el que se observa un callejón a unos cien metros, a partir del callejón unos ciento cincuenta metros se encuentra ubicado un inmueble de una planta, de construcción moderna, de color blanco. En la parte externa del inmueble se localizó un vehículo de color azul, para su ingreso al inmueble se observa dos accesos, esto es dos puertas, al interior del inmueble observamos varios ambientes, destinados para sala, comedor, baño social, una cocina y dos dormitorios, en el ambiente destinado para sala sobre un sillón se localizó a una persona de sexo femenino, un cadáver el cual se encontraba semi cubierto con una sábana de color blanco

y con maculaciones de color rojo, el cadáver se encontraba en posición sedente. El cadáver de la puerta de ingreso principal estaba a 1,5 metros con relación a la pared oriente y a 2,50 metros con lo que es relación con la pared sur este se encontraba la cabeza. Solamente me entrevisté con el señor conviviente señor Tercero Chusete, quien manifestó que él había manipulado la escena por dar los primeros auxilios a su esposa y que con ayuda de los familiares la había llevado a una Clínica a su mujer y nuevamente la habían traído y dejado en el sillón. En el ambiente destinado para sala debajo del sillón se localizó una vaina percutida, la misma que se encontraba sobre el piso debajo del sillón donde se encontraba la occisa. En el segundo dormitorio en el velador se localizó un armazón de un arma de fuego marca Glock. Aproximadamente a 1 metro de la puerta de ingreso principal se encontraron maculaciones de color rojo. En la parte posterior no había huellas de impacto de bala, se verificó todo eso y no había nada. No encontramos nada. En la parte interna al costado derecho del marco y la pared encontramos maculaciones por embarradura, es decir cuando alguien se apoya y la sangre va cayendo; y por goteo se localizó en el piso. El señor Tercero nos indicó que había manipulado la escena. No nos manifestó en qué forma se produjo la muerte de su esposa, eso no es nuestro procedimiento nosotros vamos a la escena. Estaba todo oscuro, después de unos veinte minutos vino la luz. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: No hay el plomo, solo la vaina; 4) Doctora JEANETH JARAMILLO CAIZA, perita química, quien manifestó, laboró en la sección de química del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha, desempeño mis labores por el tiempo de quince años. Si se realizó el análisis biológico a unos hisopos solicitados mediante oficio por su autoridad para realizar investigación de sangre. Las muestras recibidas dentro del presente caso fueron dos fundas de papel conteniendo cada una un hisopo con sustancia de color rojo. En un sobre de papel se leía manija y en el otro sobre de papel se leyeron entre otras leyendas hisopados levantados del corredor del costado izquierdo de la pared al segundo dormitorio. Lo que realizamos es investigación de presencia o no de sangre, si las manchas corresponden o no a sangre. Para esto se realiza métodos preliminares, que consisten en extracción de muestras, observación al microscopio, métodos cristalográficos y las pruebas confirmatorias que son los mismos métodos cromatográficos. Dentro del presente caso se llega a determinar que la sustancia de color rojo de los hisopos corresponde a sangre. En nuestra sección no es posible llegar a determinar estas manchas a quien corresponden. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Lo que se recibe como consta en el informe pericial 192 son muestras que se recibieron por parte del señor Carlos Pavón de las Bodegas de la Policía Judicial de Pichincha. No pudo saber a quién corresponde esa sangre porque no se hacen exámenes de ADN; 5) Teniente de Policía RODRIGO CRUZ CAMINO, quien manifestó, realicé un análisis de residuos. La prueba de microscopia electrónica de barrido es una prue-

ba instrumental la misma que nos ayuda a corroborar la existencia de residuos de disparo lo que es muy distinto a una prueba de guanteletes de parafina, en virtud de que los guanteletes de parafina puede ser una prueba netamente orientativa. Mientras que la microscopia electrónica de barrido es una prueba ya determinativa de que existen residuos de disparo en una persona que se presume realizó una detonación con arma de fuego. De esta manera la señora Cabo Almeida que es la asistente que trabaja conmigo realizó las tomas de muestras en la persona del señor Víctor Tercero, estas muestras fueron tomadas en manos y en prendas de vestir, posterior estas muestras son ingresadas al microscopio electrónico de barrido, en donde se hace caer una lluvia de electrones sobre la muestra que fue tomada, en donde se determina la existencia de residuos de disparo, es decir la ubicación sobre esta muestra, la existencia de plomo, vario y antimonio que son elementos fundamentales para la elaboración de las cápsulas fulminantes que constan en los diferentes cartuchos. Al hacer el análisis en el microscopio lo que se obtuvo fue resultado del 100% de plomo, 100% vario y 100% de antimonio producto de la muestra que fue tomado tanto en manos y prendas de vestir del ciudadano que antes mencioné. El análisis lo realicé yo, la toma de muestras en prendas de vestir y en la persona del señor Víctor Tercero fue realizado por mi asistente Cabo Segundo María de los Ángeles Almeida Valdospinos, en manos izquierda y derecha. La utilización de los kits para la toma de muestras un stup lo utilizamos para manos y otro stup lo utilizamos en prendas. Nosotros demostramos la existencia de residuos de disparo en una persona. Exactamente puede adherirse por la deflagración de la pólvora que se hace un humo, los residuos de disparo se adhieren a este humo y este humo puede impregnarse en prendas de vestir, pueden ingresar en las fosas nasales, pueden adherirse en cualquier tipo de objeto que pueda estar junto a la persona que se presume realizó el disparo. Después de la manipulación o cualquier situación que se hubiere presentado en lo posterior, el manipular el arma que se presume haya sido disparada va a dejar los residuos de disparo impregnados en las manos. No estamos determinando con que mano disparó. No, por eso siempre antes de muestrearse a la persona se pregunta qué mano utiliza. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: La Cabo Almeida fue quien realizó la toma de muestras en prenda y manos del señor Víctor Tercero. Lo que analizamos es residuos de disparo, los residuos de disparo con pólvora son dos cosas muy distintas, la pólvora también puede quedar impregnada tanto en prendas de vestir como en el orificio que se pueda causar a una persona también deja residuos de disparo distinto a la pólvora, esta también deja residuos de disparo. No se puede determinar el calibre o el tipo del arma; 6) Cabo de Policía PATRICIO FERNANDO OBANDO JARAMA, quien manifestó, dando cumplimiento al oficio emitido por la autoridad me trasladé hasta el Centro de Acopio del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha donde la Cabo Segundo de Policía Herrera me hizo la entrega de una funda

de papel color café rotulada 37.011 cuyo interior se encontraba una prenda de vestir que consistía en un buzo de pijama la cual se encontraba con maculaciones de color rojo en su cara anterior y en su cara posterior tenía un orificio de aproximadamente un centímetro de diámetro. Se me hizo la entrega de una segunda funda de papel color café rotulada 50.11 en cuyo interior se encontraba un par de zapatos de cuero color café, un pantalón tipo casimir color gris. Se me hizo la entrega de una tercera funda de papel rotulada 61.11 en cuyo interior se encontraba una camisa de tela bicolor. En la parte anterior de la camiseta en el costado, en su tercio interior costado izquierdo se encontraron maculaciones de color rojo. Se me hizo la entrega de otra funda de plástico transparente, rotulada 06.11 en cuyo interior se encontraba el armazón de un arma marca Glock, con el número de serie MWK921. Me entregaron otra funda en cuyo interior se encontraba la corredera de una pistola marca Glock con 16 cartuchos y una alimentadora que estaba vacía. Quince cartuchos se encontraban pintados de color verde en su base del culote y uno sin pintar. Me hicieron la entrega de una vaina percutida la cual su base del culote se encuentra pintada de color verde. Me trasladé a las Bodegas de la Policía Judicial de Pichincha donde se me entregó una funda plástica color transparente rotulada 2011-069, en cuyo interior se encontró una segunda funda de papel color café en cuyo interior se encontró una caja de cartón rotulada con la leyenda Tercero en la que se encontraron 32 cartuchos los mismos que contienen una pintura color verde en la base del culote y una inscripción que se lee SIB 09-X19. Este funda contenía dos porta alimentadoras y un cargador color negro marca Glock estaban vacías. Se encontraban cinco libretas con el logotipo de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Policía Nacional a nombre del señor Víctor Fabián Tercero Chusete. La alimentadora si corresponde a la pistola, las dos son marca Glock para 19 cartuchos de capacidad, me entregaron los cartuchos fuera de la alimentadora. Los cartuchos son 9 mm y la pistola es de 9 mm y correspondería a la pistola. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Las evidencias fueron divididas en dos partes, la primera parte de las evidencias se encuentran en el Centro de Acopio del Departamento de Criminalística de Pichincha y la Segunda parte lo que es la caja de cartuchos, las dos porta alimentadoras, una alimentadora, más las libretas de ahorros se encuentran en las Bodegas de la Policía Judicial de Pichincha. Las evidencias en el Centro de Acopio del Departamento de Criminalística me las entregó la Cabo Segundo Herrera y en la bodega el Sargento Primero Víctor Báez. No estuve en la escena del crimen el 14 de Enero del 2011; 7) Cabo de Policía Alejandro David Quimbiurco Gallardo, quien manifestó, realicé una experticia a una pistola. Esta es el arma periciada. Llegó un oficio de la Fiscalía en la que solicita se realice el examen balístico de una pistola Glock con serie numérica MWK921. Para ello me trasladé al Centro de Acopio del Departamento de Criminalística, donde se me entrega con cadena de custodia 06.11, para posterior ser trasladada el arma de fuego al

laboratorio de balística. Se tomó hisopados del interior del cañón del arma de fuego para luego ser aplicados los reactivos químicos, dándonos como resultado positivo, indicándonos en esta prueba que el arma ha sido disparada luego de su última limpieza. Luego se procedió a obtener vainas testigo con el objeto de realizar el cotejo microscópico de comparación balística, porque existe una vaina ingresada con la misma cadena de custodia, vaina en donde se observan las muestras aplicadas al microscopio de comparación balística que tiene el laboratorio de balística y se observan características identificativas comunes, similares y homogéneas, es decir la vaina signada en el informe balístico como vaina incriminada se corresponde al arma de fuego marca Glock calibre 9 mm, con serie numérica MW 921, donde determina y concluye mi informe pericial balístico que la vaina incriminada fue disparada por el arma de fuego antes indicado. Son 16 cartuchos remitidos al análisis junto con la pistola marca Glock, son elementos de carga que pueden ser utilizados de este tipo de armazón porque son calibre 9 milímetros. El arma se encuentra apta para realizar disparos, buen estado de conservación y buen estado para realizar disparos. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Es imposible realizar lo que indica el señor Abogado, porque nosotros realizamos el cotejo microscópico de vainas con vainas y balas con balas. Si la vaina corresponde a un calibre 9 mm. El arma tiene los grabados de la Policía Nacional; 8) Teniente de Policía Cristian Arturo Piedra Pérez, quien manifestó, pericia de wolker modificada, esta pericia consiste para poder determinar de acuerdo a la deflagración de la pólvora en la superficie de las prendas de vestir, sobre el orificio de la entrada de un proyectil de arma de fuego, esto es para determinar la distancia. Hablamos de corta distancia cuando es menos de 70 centímetros y larga a más de 70 centímetros. Se utiliza papel fotográfico desensibilizado para realizar esta pericia. Cuando podemos determinar si el disparo fue hasta 70 centímetros en el papel desensibilizado, en la parte gelatinosa se puede plasmar unos puntos de color anaranjado. Cuando el disparo es realizado a más de 70 centímetros no vamos a encontrar ente tipo de puntos rojo anaranjados. Al realizar la prueba a las prendas de vestir observamos que se encontraba un orificio en la parte posterior de esta prenda de vestir, que tiene las características similares al paso de proyectil de un arma de fuego para determinar si fue a corta o larga distancia. En este caso fue a larga distancia, a más de 70 centímetros, tiene similares características al paso de un proyectil de un arma de fuego. No podemos determinar el calibre. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Esta prueba se realiza a las prendas de vestir no al cuerpo humano. Se la puede realizar solamente en las prendas de vestir. En esta prueba nosotros determinamos si es a corta o larga distancia, pero si es a corta distancia no podemos determinar si es a 40 o 50 centímetros, o si es a larga distancia, no podemos determinar si es a 100 110 o 120, el parámetro es de 70 centímetros. Yo concluyo que el disparo fue a larga distancia, a más de 70 centímetros y no se pudo encontrar ion nitrito por

deflagración de la pólvora; **9)** LUIS GONZALO AYO CHIPANTASIG, quien manifestó, Miriam Ayo Cruz era mi hija, ella convivía con mi yerno Víctor Fabián Tercero, convivieron siete años, tienen una hija. El viernes 14 de enero del 2011, estábamos en la casa y mi yerno llegó a las 02h30 a golpear la puerta y dijo auxilio le van matando unos ladrones a la Miriam, bajamos con mi esposa y dos hijos a la casa que está a 50 metros y en la sala estaba arrodillada hacia la puerta con las manitas para atrás. Le topamos la carita, estaba calientita y mi esposa escuchó que respiraba y dijo hay que llevarla a la Clínica y mis dos hijos le pusieron en el carro de ellos mismos y mi hijo Gonzalo le pidió las llaves a mi yerno para manejar el carro, bajaron mis dos hijos y mi yerno en el carro a la Clínica. Con mi esposa nos fuimos a la casa a coger nuestro carro y seguirles a la Clínica. Al salir nos topamos con un patrullero, le hice parar y le comenté que dicen que unos ladrones le habían matado a mi hija y que ahorita la llevaron a la Clínica, los policías se quedaron ahí y yo me retiré para bajar a la Clínica. Cerca de llegar a San Antonio nos toparon mis dos hijos, mi yerno ya con la muertita indicándonos que la doctora había dicho que ya nada se podía hacer porque ya había fallecido. Entonces ellos se adelantaron a la casa y la habían puesto en un sillón, nosotros llegamos después y también llegaron más patrulleros. Hicieron las investigaciones y llegaron los vecinos, les preguntaron si habían visto algo y ellos dijeron que habían escuchado un disparo y no habían visto nada más, o sea a ninguna persona correr por el frente. Después que pasó todo venimos a visitarle a mi yerno que estaba detenido, le preguntamos qué es lo que pasó ahí y nos dijo que ese día había llegado un ladrón y le ha disparado a mi hija de afuera para adentro dijo. Yo quería saber quién es el culpable y no queríamos desistir de la denuncia. Tienen una niña de cinco años. Entre ellos todo iba bien pero hace unos cinco meses atrás empezaron a tener problemas, decían que mi yerno tenía una amante. Una vez había llegado él y había sacado las cosas y se había ido de la casa. Mi hija, mi esposa y mis hijos dijeron que avisemos a los papás de él y nos fuimos a Salcedo para que sepan y no crean que nosotros lo habíamos mandado de la casa. Un mes y medio se fue mi yerno y no estuvieron juntos, pero luego regresó con los papás para decir que se disculpen por el bien del hogar y de la hijita que tienen, se perdonaron y se hicieron de a buenas. En otra ocasión mi hija le ha cruzado a la camioneta y de ahí se chocan porque Fabián Tercero iba con la supuesta amante. Después Víctor Fabián Tercero le había llamado a mi hija a decirle que es una tal y cual y que le va a matar, por esa razón le había avisado a la presidenta del barrio y ella le ha dicho que debía poner una denuncia por lo que mi hija se había ido a poner la denuncia. Mi hija si tenía una boleta de auxilio. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: La relación de mi hija con mi yerno era todo bien durante esos años que vivieron solamente cinco meses atrás comenzaron los problemas. No escuché que un camión se haya chocado con un poste de alumbrado eléctrico. Yo les di una parte de terreno para que construyan. Como

les di ese terreno, construyeron, se compraron un carrito, cambiaron ese carro, si era una relación satisfactoria. Mi señora dijo que hay que llevarle a una Clínica, entonces mis hijos cogieron el carro y le llevaron a la Clínica. Las personas que le amaron fueron mis dos hijos, Luis Gonzalo Ayo Cruz y Braulio Ayo Cruz. No escuché ningún disparo a las 02h30 de la madrugada; **10)** ANA MARÍA CRUZ TIBÁN, quien manifestó, Miriam Ayo Cruz fue mi hija. Nosotros nos encontrábamos en nuestro domicilio durmiendo, en lo cual el señor Víctor Tercero vino y golpeó la puerta y nos dijo que unos ladrones le van matando a la Miriam, yo fui corriendo a la casa de ellos y le encontré a mi hija con las rodillas contra la puerta, con las manos para atrás en un charco de sangre, le escuché y todavía respiraba, les dije a mis hijos que la lleven donde un doctor, les dije que la carguen en la camioneta a mi hija y la lleven a la Clínica, entonces Braulio, Gonzalo y Víctor se fueron a la Clínica y yo subí a mi casa a ver zapatos y la camioneta para irnos a la Clínica. Yo pedía auxilio y ha estado bajando un patrullero en la vía que va a Calacalí y les dije le van matando a una hija mía, me pidieron que les indicara y el policía comenzó a llamar a más policías a ellos les encontré en medio camino ahí nos dijeron que les habían indicado que ya no había nada que hacer ya estaba muerta, nosotros regresamos a la casa y la habían puesto en un sillón, los señores policías no nos permitieron entrar a ver nada. Ya de día la trajeron a mi hija a la morgue, hicimos el velorio y el traslado. El día lunes fui a visitar a Víctor a que me diga que es lo que pasó. Él vivió siete años en mi casa, todo era bien, más o menos en octubre del 2010 mi hija me comentó que andaban peleando porque a mi hija le habían dicho que Víctor tiene una amante, desde ese instante habían estado solo peleando, un día a ella le había constado que él pasaba en la camioneta con la amante por lo que mi hija le había seguido en mi carro y mi hija le cierra el paso, para tratar de hablar con la chica, él se esquivo y chocan ahí. Mi hija regresa donde mí y me dice sube rápido que le vi al Víctor con la amante, le choqué el carro y huyó. En la casa a cinco minutos que llegamos Víctor le llamó, ella alzó el volumen del celular y estaba claro, yo también escuché y le dijo si no hubiese estado con mi hija yo te mato, pero no te me cruces en mi delante, oyendo eso mi hija le insultó. Al otro día mi hija se fue a poner la denuncia en la Comisaría de la Mujer y le habían dado una boleta de auxilio. Él ya no regresó a la casa, vino solo a llevarse las cosas, que ya no quería estar en la casa, que ya se cansó y mi hija le dejó que se vaya llevando las cosas, ya no hay problema le dijo. A mediados de diciembre viene él con la mamá y el papá y le dice que quiere hacerse de a buenas pero que le había dicho que ya no querían vivir en mi casa y como le regalé un terreno ellos construyeron la casa y se pasaron a vivir allá a mediados de diciembre. El 2 de enero llega mi hija con los ojos llorosos y me dice otra vez el Víctor se fue de la casa, yo le dije que le deje nomás. En la noche llegó Víctor que estaba en la camioneta y pitaba y pitaba, yo le dije que entre para conversar sobre lo que pasa, él me dice señora es que su hija tiene mozos y yo le dije que por qué la calumnia,

me dijo que le vea el brazo debajo de la manga, eran los números de un hermano de una cuñada y de la amante de él, yo llamé y me contestó la señorita y me dijo que ella se iba a casar con el Víctor. Esa noche se hicieron de a buenas, pero estaban con problemas en la casa. Lo que dijeron los vecinos fue que no han visto salir a nadie más sino solo a Víctor para pedir ayuda y que habían escuchado un solo tiro. Fue por noviembre del 2010 que mi hija puso la denuncia. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: El señor Salas solicitó 3.000 dólares. No le vi con una amante al acusado. Ellos se llevaban bien. Siete años convivieron. No sé qué Policía actuó primero en la escena del delito. No sé que se hayan cometido robos en el sector. Yo fui a ver cuándo me llamó mi yerno. Él nos ayudaba, se portaba bien, siete años que vivió y era un hombre que comía gratis y nos ayudaba. La relación era buena; **11) LUIS GONZALO AYO CRUZ**, quien manifestó, Miriam Ayo Cruz, era mi hermana. El 14 de enero del 2011, a eso de las 2h30 estaba durmiendo en la casa de mis padres y Víctor Tercero llega a la casa pidiendo auxilio gritando y diciendo que le acaban de matar a la Miriam, yo salí de mi cuarto a ver qué había pasado y corrimos a la casa donde ella vivía, yo le digo Víctor qué pasó y le vi a mi hermana que estaba tendida en el suelo en un charco de sangre, con mi hermano le cogimos, la abrazamos, le grité a Víctor diciéndole préstame la llave de la camioneta que la llevamos a la Clínica, él no quería darnos y nos dijo que no hay, se fue a buscar después me trajo la llave y mi hermano la amarcó y la llevamos a mi hermana a la Clínica Dos Hemisferios donde la doctora nos dijo que ya no había nada que hacer y nosotros sin saber cogimos el cuerpo y la llevamos a la casa, la sentamos en el sillón, después el Víctor dijo me mato porque me mato, la vida así no tiene sentido me mato, le dije piensa en tu hija, él dijo no me importa ahí te la regalo, se fue al velador, sacó el arma y quería matarse, yo le dije Víctor deja no te mates y ahí estaban unos Policías, les dije que me ayuden, los señores policías cogieron el arma, las municiones. Pasado eso todos llorábamos. Esta es el arma y las municiones son estas con las que quiso matarse. El 25 de diciembre 2010 él se había chocado borracho con la camioneta en Llano Grande o Llano Chico por lo que mi hermana me llama me dice ñaño vamos a verle el Víctor se ha chocado, llegamos y él les habló cosas al afectado agresivamente al agente de tránsito, se portó una persona agresiva. Los vecinos dijeron que no corrió nadie, el Víctor dice que el ladrón había disparado y no entiendo por dónde se fue. Un disparo escucharon los vecinos. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Hubo una discusión entre mi persona y Víctor Tercero. No cruzamos palabra. No estoy resentido con Víctor Tercero, él si la movió a mi hermana. Mi hermano y yo la trasladamos a la Clínica a mi hermana. No escuché si un camión se chocó con el poste de luz. No estaba con luz la casa de ellos la parte de abajo. Si se han producido robos a domicilios en el sector; **12) OSWALDO TOAQUIZA CRIOLLO**, quien manifestó, rendí una versión ante la Fiscalía. Conocí a Miriam Ayo Cruz, a su padre a su madre, si

conozco su domicilio. Sabía que era casada con el señor Víctor Tercero, tenían una niña, la casa está a cien metros de donde tengo una bloquera y donde vivo. El 14 de enero 2011, a las 02h25, entró una volqueta a dejar material en donde tengo la bloquera, pero ha estado saliendo con el balde alzado por lo que ese rato se va llevando la acometida de la luz que está alado de la casa donde vivo, yo salí ese rato y escuché un disparo, la volqueta se fue. El disparo salía de la parte de arriba donde vivía la finada, escuché un solo disparo, no vi a nadie correr por ahí. De lo que se escuchó la detonación un rato quedó en silencio y de ahí lo que escuché es el señor Víctor que decía auxilio la van matando a mi mujer. La verdad como estuvimos afuera por lo de la luz unos vecinos dijeron vamos a ver qué pasa, yo les dije que yo no me voy porque una vez al señor Víctor le robaron la casa hace un año atrás y cómo estaba un poco tomado hizo unos dos disparos al aire y por eso les dije no, pasó unos cinco minutos y yo vi que en la camioneta azul que tenían la sacaron a la occisa. Nos acercamos. Eso de los dos disparos fue cuando le robaron la casa. La volqueta se llevó los cables de la luz y se hizo un cortocircuito por eso se fue la luz, incluida la vivienda de la occisa a eso de las 2h25, nadie salió corriendo por ahí. Se podía ver de abajo arriba a unos 100 metros. Nadie corría o salía corriendo por ahí. El sonido era completo. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Fabricante y comerciante de bloques, mi domicilio es una casa. Desde las siete a las cinco de la tarde. Una cosa es atender y otra que entren a dejar el material. Primero se escuchó la hoja de zinc y saliendo se escuchó la detonación. Desde mi negocio tengo una amplia visión del domicilio de Víctor Tercero, el lugar es descubierto. El rato que hizo cortocircuito el barrio se quedó sin luz. Cuando ocurrió eso del disparo a unos tres minutos ya prendieron la luz de la camioneta, pero igual se ve porque era la manzana la que se quedó sin luz, pero alrededor si había luz. A las 02h25 fue el disparo. El rato que sucedió el hecho no estuve. No tenía ninguna relación solo éramos vecinos. Mi sentido auditivo está bien. No uso lentes; **13) FABIÁN CHIPANTASIG CAIZA**, quien manifestó, tengo rendida una versión en la Fiscalía. Si conocí a Miriam Ayo Cruz, la occisa convivía con el vecino Policía así lo conocía nomás. Yo vivo a unos 100 metros de distancia de la casa de ellos. El 14 de enero del 2011, a las 02h25 un carro grande bajó a toda velocidad y después de que pasó el carro escuché un solo disparo, pero no salí a ver. Yo tengo un hijo de 4 años que me pidió que lo lleve al baño y a lo que lo estaba recostando de nuevo se fue la luz, en ese momento en que se fue la luz pasó un carro escuché un solo disparo. En el cuarto de alado está el baño dentro de la vivienda. No salí al exterior de la vivienda. Escuché el disparo después de que se fue la luz. Yo no sabía que ellos estaban viviendo ahí, pero el disparo lo escuché que salía de esa parte. Un tiempo estaban viviendo ahí, pero el disparo lo escuché que salía de esa parte. Un tiempo antes hubo un robo pensé que eran ladrones, se fue la luz y no salimos. El sonido del disparo se escuchó muy bien. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde:

Mi esposa Miriam Tituaña no es familiar de la señora Ana Cruz. Presente en el acto no estuve. Conozco de dos robos, el uno fue después de que le hicieron el robo al señor Policía Víctor Tercero de los que yo sé, escuché pasar el carro, no vi la volqueta lo escuché pasar a velocidad y después escuché el disparo, si es normal dejar a esa hora material, he visto, mi suegro es materialista y siempre a esa hora van a dejarle el material. No soy familiar del padre de la occisa; **14**) VÍCTOR MANUEL MINAGO USIÑA, quien manifestó, sí conocí a Miriam Ayo Cruz, su domicilio está en el barrio Las Alcantarillas, no le he conocido al señor esposo. Ahora recién lo he conocido, el domicilio está atrás de mi negocio que está ubicado en el barrio de las Alcantarillas, en la calle Adrián Navarro; el domicilio de la difunta está a unos 80 metros aproximadamente. El 14 de enero del 2011, a las 22h30 una volqueta se va llevando la extensión de luz en la cual revienta todos los alambres y nos quedamos sin luz el barrio, escuchando el sonido de los alambres salgo de mi cuarto para ver que carro se fue llevando el cable de luz, pasaron unos cinco minutos y se escuchó el tiro que salía de la casa de la vecina finada, como mi carro está cerca de la casa lo que hice me fui a esconderme detrás del carro, pensando que eran ladrones, a ver a donde corrían, pero como nadie salió, regresé a mi cuarto. No corrió ninguna persona por el sector. Escuché un solo tiro. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Con los padres de la occisa somos vecinos. En mi domicilio no han robado, no conozco de robos a algún vecino mío. No uso lentes. Mi sistema de audición si está en buenas condiciones. Si se ve la casa del señor Víctor Tercero desde mi domicilio. No estuve presente cuando sucedió la muerte de la señora Miriam Ayo; **15**) JAIME CHIPANTASIG TITUAÑA, quién manifestó, si conocí a Miriam Ayo Cruz, si conozco el domicilio que es al frente de mi casa que está a 120 metros, conocí al conviviente de Miriam Ayo, era vecino y miembro de la Policía Nacional, solamente era vecino, por eso lo conocía. El 14 de enero a las 02h00 a 2h30, estaba mi dormitorio y me levanté por la explosión de los cables de la luz que sonaron durísimo, mi dormitorio tiene una puerta lanfor de 2 metros, no sabía que pasaba y me levanté, abro el balcón de mi casa, era una volqueta amarilla y al de la volqueta le digo porqué vira el poste, él reacciona, de retro y curva hacia la parte trasera de la casa hacia una bloquera de mi vecino y de ahí se escuchó un disparo. Como la volqueta se fue a la parte trasera y yo estaba en mi balcón esperé un rato y de ahí vi a los vecinos de al lado que son el vecino bloquero y Toaquiza, de ahí traté de bajar a ver qué pasaba y abrí la puerta de mi casa, le digo vecino veamos el disparo por qué sucedió y el esposo de la vecina gritó mi hija que te hicieron, que te van haciendo y él me dijo no vecino porque es medio alterado e hizo unos disparos meses atrás. Después llegó la Ley. En la calle Adriana Navarro que es la calle donde vivo se fue la luz. La volqueta alumbró a la parte de atrás y se alumbró el maíz y no había gente no vi a nadie correr. El disparo se sintió de la parte de arriba, no se podría decir de qué casa. La casa queda al recto de mi casa a

unos 120 metros, si se puede observar a la gente. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: No soy pariente del señor Chipantasig Caiza Fabián, no soy pariente del padre de la víctima señor Luis Ayo Chipantasig; Liliana Judith Cueva Cándor es mi esposa, ella no es pariente de Ana Cruz. Nosotros solo escuchamos el tiro. Primero todos los vecinos nos levantamos porque la volqueta tenía el balde alzado y eso nos hizo levantar a todos y fue halando el poste de luz de madera. Desde mi domicilio si se puede ver la casa de Víctor Tercero, porque todo es abierto. Todo estaba sin luz cuando me levanté. Solamente ese robo que le habían hecho al vecino y de ahí nada más; **16**) Cabo Segundo de Policía JORGE EFRAÍN MALLITASIG ENDARA, quien manifestó, perito criminalístico, quién manifestó, la pericia en relación al sonido o ruido, que produce un arma de fuego, tiene en cuenta varios factores como si el disparo es de diferenciado en un lugar abierto o cerrado, si es de día o de noche, la composición del cartucho y demás situaciones que contiene el arma de fuego, para lo cual nos trasladamos al lugar de los hechos. Tratando de tener las mismas condiciones, los mismos tiempos y los mismos elementos. En relación al tiempo estuvimos a las once horas de la noche, el día viernes 11 de febrero, retiramos el arma de fuego que consta en el parte de detención, se utilizó cartuchos del mismo calibre, de las mismas condiciones y características con la que se puede realizar un disparo de arma de fuego. Una vez en el lugar de los hechos realizamos tomas por medio de una filmadora y se realizó disparos a diferentes distancias por ejemplo a 1 metro, 5 metros a 10 metros, 30 metros, 150 metros, 260 metros aproximadamente, tanto desde el interior como del exterior del domicilio. Disparamos esta arma de fuego desde la puerta del domicilio hacia el exterior, a estas distancias que se tomaron en consideración se tomó muestras de sonido disparando el arma de fuego desde el interior del domicilio al exterior en dos muestras, desde 30 metros de distancia y 150 metros de distancia, disparos reales. Una vez que se tomó las muestras de sonido en el lugar nos trasladamos al laboratorio de audio y video, con la ayuda del equipo comparador de voces se verificó cada una de las muestras por medio de un espectrograma es decir una figura de picos de sonido, este se mide en decibeles, vamos a ver la intensidad del sonido en cuanto al oído humano puede percibir, es decir si es audible o no el sonido a las diferentes distancias que se realizó, a 150 metros aproximadamente desde el exterior del domicilio es audible y de igual manera desde el interior del domicilio es audible. A los 250 metros es audible. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: No, el objeto de pericia dice que se determine si existe o no el sonido en lugares abiertos y lugares cerrados, por eso se realizó disparos al exterior del domicilio y disparos a través del interior del domicilio. Una escena cerrada tenemos límites paredes, techo; a 150 metros aproximadamente es audible, no se realizó a 100 metros, claro que se oye, inclusive a 150 metros se oye. El análisis de la experticia se realizó a las once de la noche. Al momento de la experticia estuvo el señor padre de la occisa Luis

Ayo y varios familiares, de igual manera se comunicó a la Central de Radio, el señor Jefe del Destacamento de San Antonio de Pichincha, varios patrulleros y demás vecinos. No estuvo presente el señor Abogado de la Defensa, ni el acusado; 17) Subteniente de Policía CARLOS ANDRÉS VÁSQUEZ ARIAS, quien manifestó, laboró en el Departamento de Criminalística de Pichincha. Realice la diligencia de la reconstrucción de los hechos en torno a la muerte de quien en vida se llamó Miriam Ayo Cruz. La reconstrucción de los hechos se realizó en el Km 1 vía Calacalí, barrio Las Alcántarillas en la intersección siete, es un inmueble de construcción moderna, de hormigón armado, a su alrededor se encuentran lotes de terrenos con escasa circulación vehicular, peatonal, es de una sola planta. De la vía principal hacia donde está el inmueble son unos 150 metros aproximadamente al interior. Realizando la recreación del hecho, en base a la secuencia fotográfica, la señora Policía Cecilia Achig del procedimiento que realizó es que ella había encontrado el cadáver en el sillón, mueble de dos asientos ubicado en la parte frontal con relación a nuestro ingreso, en el ambiente destinado para sala, posterior indica que le bajó al piso para describir las heridas que tenía el cadáver y posterior solicita ayuda a Criminalística para que realicen la inspección del lugar y así mismo del cadáver. El señor Víctor Tercero se encontraba con su esposa y su hija descansando en el dormitorio, el señor manifestó que se encontraba viendo una película y a eso de la 01h00 de la madrugada sienten que se va la luz, en ese momento salen los dos del dormitorio, el señor Víctor Tercero avanza al segundo dormitorio que está junto a ver su arma de dotación, porque tenían la percepción que les iban a robar, saca del velador su arma de dotación y perdió de vista a su señora esposa por la oscuridad que existía ese momento, luego de eso indica que escucha un disparo y escucha la voz de la señora llamarle Víctor, en ese momento cae en el brazo de su esposo y él realiza un disparo hacia afuera e indica que a unos dos metros en el patio del inmueble había visto a un sujeto. La señora cae sobre su brazo izquierdo. Coloca a su esposa sobre el piso e indica que sale tras de los delincuentes e indica que pide ayuda a un patrullero que no le escuchó y se traslada a donde sus suegros a indicar lo que había pasado. No se encontraron impactos, pero si maculaciones de sangre por embarradura en la puerta principal de ingreso a la casa. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado, responde: Realicé el informe de reconstrucción de los hechos nro. 104-2011. No se podrían hacer dos diligencias de reconstrucción de los hechos, realicé una sola, de dos versiones que constan en el informe. En base a las dos versiones se hizo la reconstrucción. En base al relato del señor Tercero Chusete y en base a lo que dijo la cabo Achig en el parte. **6.1.1. El señor Fiscal introduce como prueba documental:** 1) Copia certificada Víctor Fabián Tercero Chusete; 2) Informe ocular técnico; 3) Informes Técnicos Balísticos; 4) Informe de Microscopía Electrónica de Barrido; 5) Partida de Nacimiento de la menor xx. **6.2. PRUEBA POR PARTE DEL ACUSADO. El acusado VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE,** se

acogió al derecho del silencio. **6.2.1.** El Doctor Luis Trujillo Soto, defensor del acusado, presentó como prueba los testimonios de los señores: 1) Sargento de Policía LUIS ASCENCIO POMBOZA MUYULEMA, quien manifestó, laboró en la Policía Judicial de Pichincha en la dependencia de Brigada de Homicidios, Grupo Operativo. Colaboré con las compañeras que realizaron el levantamiento del cadáver el día que ocurrieron los hechos y tengo firmado el parte del ingreso de una evidencia posterior que se realizó la autopsia médica legal. La evidencia consistía en una camiseta que tenía manchas de color rojo. No llegué primero al lugar de los hechos. No conozco quien llegó primero al lugar de los hechos. No puedo describir ya que no llegué al lugar de los hechos; 2) Doctor ITALO ROJAS, psicólogo forense, quien manifestó, realicé la evaluación psicológica a Víctor Tercero Chusete, las conclusiones principales son las siguientes: el sujeto examinado niega haber sido la persona que disparó sobre su esposa, el examinado durante todo el tiempo tiene funciones cognitivas e intelectivas adecuadas, igual en el momento en que se habían producido los hechos tenía dichas funciones adecuadas, es decir plena capacidad de comprender el mundo, plena capacidad de determinar su conducta, concluimos que el señor no presenta trastornos de la personalidad, ni otro tipo de afecciones psicopatológicas que le hagan ver como un sujeto peligroso. El examinado se presenta al examen psicológico totalmente lúcido, consiente, orientado, durante la valoración se comunica adecuadamente. Relata los hechos acaecidos en el hogar, la forma como fallece su esposa, nos dijo que aparentemente trataban de robar en su domicilio, que escuchó un disparo y su esposa cae al piso en sus brazos cuando venía entrando, que él también realizó un disparo y salió en persecución pero que no vio a nadie, es decir hace un relato con lógica una coherencia que demuestra su salud mental. No encontramos signos psicopatológicos importantes; 3) Capitán de Policía LUIS SANTIAGO ZAPATA ARIAS, quien manifestó, emitir un certificado a favor de Víctor Fabián Tercero Chusete, en mi calidad de Capitán de Policía. El señor Tercero Chusete trabajó en el servicio de Seguridad Turística de la Policía Nacional en el año 2006 al 2008. En el servicio el compañero no ha tenido ningún problema en ese tiempo en el que me encontraba yo en el servicio de turismo. Tenemos un régimen disciplinario sin inconvenientes el compañero, siempre ha sido obediente, respetuoso; 4) Teniente de Policía LUIS HERNÁN HIDALGO QUISHPE, quien manifestó, emití un certificado a favor del señor Tercero Chusete, indicando que el señor ha pertenecido al Servicio de Seguridad Turística de tal fecha a tal fecha. Indicando que en el mismo no se ha registrado ninguna sanción disciplinaria en su hoja de vida en ese período, porque desde que estoy hecho cargo en la Unidad no ha trabajado directamente con mi persona. Directamente no podría dar fe, el señor perteneció al Servicio de Seguridad Turística desde el año 2003 hasta el 2010, en el cual no registra sanciones disciplinarias; 5) FANNY PATRICIA PALOMINO TENORIO, quien manifestó, lo conozco desde niño

crecimos en el mismo barrio es menor que mí. Fue un muchacho humilde, sencillo y fue bien tranquilo. No hemos tenido problemas con el muchacho. Le he visto muy pocas ocasiones. Cuando ha venido hemos sabido por los vecinos que han venido, se ha llevado con todos. No hemos escuchado contratiempos que haya tenido, es muy respetuoso; **6) MARÍA LUISA CAIZA CAIZA**, quien manifestó, soy vecina y conozco a Fabián Tercero Chusete desde que nació. Desde chiquito era bien educado yo lo conocí bien a él hasta venir al curso de Policía era educado no era borracho, él no tenía nada de problemas; **7) SEGUNDO REINALDO SANGUCHO CHANGOLUISA**, quien manifestó, le conozco al señor Tercero 20 años, somos vecinos del barrio nunca le he visto en malos pasos, ayudaba al resto, era educado, de problemas nada, era un muchacho bueno, honrado y disciplinado. Igual se casó, se llevaba bien con la esposa eran buenos y no he visto nada malo del joven; **8) Sargento Segundo de Policía JUAN GARCÍA VASQUEZ**, quien manifestó, del Regimiento Quito nro. 1 elevé un parte al señor Jefe del UVN, al que pertenezco. El informe en el parte lo realicé sobre una muerte en un domicilio que se ha suscitado. Laboré en la UPC de Calacalí unos 2 meses, desconozco si en el sector de Las Alcantarillas hubo robo. En la vía Calacalí si conozco de robos. No llegué primero al lugar de los hechos. Estaba zona 12 JC estaban en la situación de amanecida.

6.2.2. Como prueba documental a favor de su defendido, el abogado defensor presentó: **1)** Certificados de antecedentes personales del acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, otorgados por los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se indica que a excepción de este Tribunal el acusado no mantiene causa penal pendiente ni ha sido sentenciado por delito alguno; **2)** Certificado de disciplina del acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, otorgado por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 1 de Quito; **3)** Certificados de cursos aprobados por el acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, otorgados por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 1 de Quito; **4)** Certificados de actividades laborales y deportivas del acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, otorgado por el Centro de Rehabilitación Social de Varones nro. 1 de Quito; **5)** Certificado de disciplina perteneciente al acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, otorgado por el Colegio Técnico Industrial "19 de Septiembre" de Salcedo.

ALEGATO FINAL: 6.3. Al culminar la prueba presentada por las partes procesales, el señor Fiscal Doctor Vicente Reinoso Larrea, en el alegato final acusa a VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE, como autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el Artículo Cuatrocientos cincuenta (art. 450) numeral uno (1) del Código Penal.

6.4. El Abogado defensor del acusado Víctor Fabián Tercero Chusete, el Dr. Luis Trujillo Soto, manifestó que he demostrado y he desvirtuado en el desarrollo de esta diligencia que los testigos que han declarado en esta diligencia no estuvieron en la escena del crimen a la hora de los hechos; los padres y los hermanos de la occisa que viven a 5 metros de mi cliente no escucharon el disparo, pero da la casualidad que los

testigos escuchan el disparo a cien metros; que contradicción que una volqueta conteniendo material de bloques concurre a las 02h30 de la madrugada a dejar material cuando el señor Toaquiza manifestó que el horario de trabajo es de 07h00 a 17h00; no se ha inventado el robo al domicilio porque se ha escuchado que si ha habido robos en el sector; los testigos Luis Ayo Chipantasing, Ana Cruz, Luis Gonzalo Ayo son familiares de la occisa entonces que credibilidad se les puede dar a los familiares, tienen que estar a favor de la occisa y declarar a favor de ella; la prueba auditiva es para determinar la distancia de la que pudo escucharse el disparo pero he demostrado que los testigos han mentado; la Fiscalía no ha demostrado el motivo por el que se acusa al procesado solo se ha basado en informes periciales, mi cliente realizó un disparo para ahuyentar al ladrón. Los testimonios de la Fiscalía establecen que se movió el cadáver, se contaminó la escena del crimen, entonces como podemos dar veracidad a una experticia cuando se movió la escena del crimen. No se ha establecido la responsabilidad de Víctor Fabián Tercero Chusete de acuerdo al art. 85 del Código de Procedimiento Penal.

7. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO. DELITO, es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable; solo en la medida que se cumplan estos presupuestos en su integridad, podemos hablar de delito y de responsabilidad. La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta tanto en el mundo interno del individuo así como en el mundo externo al materializarse en su resultado, y es lo que denominamos acciones u omisiones; ambas formas son relevantes para el Derecho Penal. **TIPICIDAD,** es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, por imperativo del principio de legalidad, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales; esa adecuación a la descripción de la norma o del tipo, le corresponde exclusivamente al Juez, por ello no hay que confundir la tipicidad con el tipo de pena, porque éste, por el contrario tiene una triple función a saber: Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; y, una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal o la amenaza de sanción contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. La base del juicio penal es la comprobación conforme a derecho de la existencia de la acción u omisión punible, así como la responsabilidad del acusado y más aún si por principio Constitucional según su artículo setenta y seis (art. 76) numeral dos (2) "Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada", por lo que el Tribunal procede a

analizar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, para lo cual analiza: **Sobre la materialidad de la infracción**, analiza toda la prueba actuada y escuchada en el curso de la audiencia de juzgamiento, este Tribunal considera que se ha probado y demostrado conforme a derecho la materialidad de la infracción, con el testimonio del médico legista Doctor LUIS ESTUARDO CISNEROS YÉPEZ, quien manifiesta que realizó la pericia de autopsia médico legal de Miriam Ayo Cruz; que al hacer el examen externo del cadáver éste presentaba una herida por penetración de proyectil; que en la espalda tenía un orificio de entrada de proyectil; que en el pecho superior tenía un orificio de salida de proyectil de arma de fuego; que el proyectil ingresa provocando una fractura del quinto arco costal o sea las costillas y también atrás ya provocando fractura del cuerpo de la vértebra, ingresa a la cavidad torácica y sigue el trayecto y va llevando una membrana que está recubriendo el corazón; en ese trayecto provoca una hemorragia, producto de la laceración de la aorta, de la vena cava superior y del pericarpio que recubre las dos arterias que nacen del corazón, que la causa de la muerte es hemorragia aguda interna por penetración o paso y salida de proyectil de arma de fuego que compromete pericardio, aorta y vena cava superior; que la muerte es de tipo violenta; con el testimonio de la Cabo de Policía CECILIA JANNETH ACHIG CAJAMARCA, quien manifiesta que labora en la Brigada de Homicidios y que el 14 de enero del 2011 se trasladó al lugar de los hechos y al ingresar al interior del inmueble se pudo observar que el cadáver de la que en vida se llamó Miriam Ayo Cruz se encontraba en posición sedente, sentada en el sillón con su vestimenta con maculaciones de color rojo, sangre; para realizar la inspección del cadáver se procedió a ponerle en el piso donde se pudo observar que tenía un orificio de entrada y salida con similares características a las producidas por un arma de fuego, el orificio de entrada ingresaba por la parte de la espalda y salía a la altura del pecho; que en el sillón había un charco de sangre ahí se encontró una vaina percutida o sea disparada, la vaina en la culata tenía pintada de color rojo o verde, igual a las que tiene la Policía Nacional. De igual forma al buscar en la parte de afuera del inmueble si es que se encontraba alguna otra vaina o proyectil en vista de que el señor Tercero indicaba que él también había disparado, no se encontró absolutamente nada ningún proyectil ni vaina, que en la puerta de ingreso del inmueble había maculaciones de sangre al costado derecho de la pared; que la escena estuvo manipulada por cuanto familiares de la occisa le indicaron que la había trasladado en primera instancia a la Clínica Dos Hemisferios; con el testimonio del Cabo de Policía ROBERTH PATRICIO SÁNCHEZ PINTA, quien manifiesta, que por comunicación de la Central de Radio a las 03h30 de la mañana del día viernes 14 de enero del 2011 acudió al lugar ubicado en la intersección vía Mitad del Mundo, Calacalí, Km 1, Séptima transversal; en la parte externa del inmueble se localizó un vehículo de color azul, al interior del inmueble se observó varios ambientes destinados para sala, comedor,

baño social, una cocina y dos dormitorios; que en la sala sobre un sillón se localizó un cadáver de una persona de sexo femenino en posición sedente, la cual se encontraba semi cubierta con una sábana de color blanco y con maculaciones de color rojo; en la sala debajo del sillón donde se encontraba la occisa se localizó una vaina percutida; que en el segundo dormitorio del inmueble en el velador se localizó un armazón de un arma de fuego marca Glock; que a un metro de la puerta de ingreso principal se encontraron maculaciones de color rojo, al costado derecho del marco de la puerta y la pared encontramos maculaciones por embarradura, además en la parte posterior no había huellas de impacto de bala; con el testimonio de la perito química Doctora JEANNETH JARAMILLO CAIZA, quien manifiesta que realizó el análisis biológico a unos hisopos con una sustancia roja levantados en la escena del crimen; para ello realizaron métodos preliminares, que consisten en extracción de muestras, observación al microscopio, métodos cristalográficos y las pruebas confirmatorias que son métodos cromatográficos, llegándose a determinar que la sustancia de color rojo de los hisopos corresponde a sangre; con el testimonio del Teniente de Policía RODRIGO CRUZ CAMINO, quien manifiesta que realizó el análisis de residuos, que la señora Cabo Almeida realizó las tomas de muestras en la persona del señor Víctor Tercero Chusete, esto es en las manos y en prendas de vestir, las que luego son ingresadas al microscopio electrónico de barrido, en donde se hace caer una lluvia de electrones sobre la muestra que fue tomada, obteniéndose como resultado 100% de plomo, 100% de vario y 100% de antimonio; con el testimonio del Cabo de Policía PATRICIO FERNANDO OBANDO JARAMA, quien manifiesta que en el Centro de Acopio del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha le entregaron varias fundas de papel conteniendo las evidencias entre las que se encuentra una vaina percutida la cual en la base del culote se encontraba pintada de color verde y un arma de fuego marca Glock calibre 9 mm, con serie numérica MWK921; con el testimonio del Cabo de Policía ALEJANDRO DAVID QUIMBIURCO GALLARDO, quien manifiesta que realizó una experticia balística de una pistola Glock con serie numérica MWK921, de la cual se tomó hisopados del interior del cañón del arma de fuego para luego ser aplicados los reactivos químicos, dando como resultado positivo de que fue disparada luego de su última limpieza, luego se procedió a realizar el cotejo microscópico de comparación balística de una vaina percutida, en la que se observan características identificativas comunes, similares y homogéneas, es decir la vaina incriminada corresponde al arma de fuego marca Glock calibre 9 mm, con serie numérica MWK921, es decir que la vaina incriminada fue disparada por el arma de fuego antes indicada, además el arma tiene los grabados de la Policía Nacional; con el testimonio del Teniente de Policía CRISTIAN ARTURO PIEDRA PÉREZ, quien manifiesta que realizó la pericia de wolker modificada, por lo que al realizar la prueba de las prendas de vestir observó que se encontraba un orificio en la parte posterior de esta

prenda de vestir, que tiene las características similares al paso de proyectil de un arma de fuego, en este caso fue a larga distancia, a más de 70 centímetros; con el testimonio del perito criminalístico Cabo Segundo de Policía JORGE EFRAÍN MALLITASIG ENDARA, quien manifiesta que la pericia en relación al sonido o ruido que produce un arma de fuego tiene en cuenta varios factores como si el disparo es diferenciado en un lugar abierto o cerrado, si es de día o de noche, la composición del cartucho y demás situaciones que contienen el arma de fuego, para lo cual se trasladó al lugar de los hechos para tratar de tener las mismas condiciones, los mismos tiempos y los mismos elementos, se utilizó cartuchos del mismo calibre y se realizó disparos a diferentes distancias tanto desde el interior como del exterior del domicilio escuchándose nítidamente a 150 metros; con el testimonio del Subteniente de Policía CARLOS ANDRÉS VÁSQUEZ ARIAS, quien manifiesta quien realizó la diligencia de la reconstrucción de los hechos en torno a la muerte de quien en vida se llamó Miriam Ayo Cruz, la cual se realizó en el Km 1 vía Calacalí, barrio Las Alcantarillas en la intersección siete, realizándose en base a las dos versiones, al relato de Víctor Fabián Tercero Chusete y al de la Cabo de Policía Cecilia Janneth Achig en el parte. **Sobre la responsabilidad penal del acusado VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE**, este Tribunal considera que se ha demostrado y probado conforme a derecho la responsabilidad del acusado con las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento, entre ellas con los testimonios de LUIS GONZALO AYO CHIPANTASIG, ANA MARÍA CRUZ TIBÁN Y LUIS GONZALO AYO CRUZ, quienes manifiestan que Miriam Ayo Cruz era su hija y hermana respectivamente, que ella convivía con Víctor Fabián Tercero Chusete y tiene una hija; que el viernes 14 de enero del 02h30 estaban en la casa durmiendo y que Víctor Tercero Chusete llegó a las 02h30 pidiendo auxilio diciendo que la van matando unos ladrones a la Miriam, por lo que bajaron a la casa y observaron que en la sala estaba arrodillada hacia la puerta con las manos para atrás, le taparon la cara, estaba caliente y respiraba, por lo que la llevaron a la Clínica Dos Hemisferios en la camioneta de Víctor, en donde la doctora les dijo que ya no podían hacer nada porque ella había fallecido; que luego fueron a la casa y la pusieron en un sillón; que posteriormente llegaron los Policías y al realizar las investigaciones a los vecinos, éstos dijeron que habían escuchado un solo disparo y no habían visto a ninguna persona correr; que hace unos cinco meses atrás empezaron a tener problemas y peleaban entre marido y mujer, decían que Víctor tenía una amante y que un día su hija con el carro de sus papás le ha cruzado a la camioneta de Fabián Tercero porque iba con la supuesta amante, después de eso él la llamó a su hija a decirle que si no hubiese estado con mi hija yo te mato, pero no te me cruces en mi delante, razón por la que su hija puso una denuncia y tenía una boleta de auxilio; con los testimonios de OSWALDO TOAQUIZA CRIOLLO, FABIÁN CHIPATASIG CAIZA, VÍCTOR MANUEL MINANGO USIÑA Y JAIME CHIPANTASIG

TITUAÑA, quienes manifiestan en forma concordante que conocieron a Miriam Ayo Cruz quien estaba casada con el señor Víctor Fabián Tercero Chusete y tenían una niña; que el 14 de enero 2011, a las 02h25 entró una volqueta a dejar material en la bloquera, la cual al salir no se percata que el balde esta alzado y se va llevando la acometida de la luz, dejando sin energía a todo el sector, momento en que escucharon un solo disparo que salía de la parte de arriba donde vivía la occisa, además tampoco vieron correr a nadie, luego escucharon que el señor Víctor Tercero pedía auxilio diciendo que le van matando a su mujer, observando luego salir la camioneta con la occisa; y, con la denuncia presentada por la occisa Miriam Ayo Cruz el 10 de noviembre del 2010 en la Comisaría Tercera de la Mujer y la Familia del Cantón Quito, en la que entre otras cosas según la denuncia el acusado ha amenazado a la hoy occisa que cuando le vea sola le mata. **8. CONCLUSIÓN.** Por todas estas consideraciones y valorada toda la prueba en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme lo determina el artículo ochenta y seis (art. 86), así como lo establecido en los artículos ochenta y cinco (85) y ochenta y ocho (88) del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal infiere, fuera de toda duda y plena certeza, que se ha probado y demostrado conforme a derecho la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, en consecuencia VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE, ha adecuado su conducta al tipo penal de asesinato en contra de quien en vida se llamó Miriam Ayo Cruz, delito tipificado y sancionado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) numerales uno (1) y cinco, en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del Código Penal, en calidad de autor. Por lo expuesto, con los fundamentos en los arts. trescientos cuatro A (304 A), trescientos nueve (309) y trescientos doce (312) del Código de Procedimiento Penal, el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CONDENA** al ciudadano ecuatoriano VÍCTOR FABIÁN TERCERO CHUSETE, cuyo estado y condición constan en esta sentencia, a la pena de **DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL**, por considerarlo **autor** del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo cuatrocientos cincuenta (art. 450) numerales uno (1) y cinco (5), en concordancia con el artículo cuarenta y dos (art. 42) del Código Penal. Sin considerar circunstancia atenuantes a su favor por existir agravantes de conformidad con el artículo treinta y uno (art. 31) del Código Penal. Pena corporal que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de esta ciudad de Quito y de la que deberá descontarse el tiempo que haya estado o permanecido detenido el acusado con motivo de esta acción penal. Con costas, daños y perjuicios, conforme lo determina el artículo trescientos nueve (art. 309) numeral cinco (5) del Código de Procedimiento Penal. Actúe la abogada Mabel Tapia Rosero, en calidad de Secretaria titular de

este Tribunal por haberse reintegrado a sus funciones.
Cúmplase y notifíquese.

f.) **Dr. Luis G. Mora A., Dr. Enrique García Román, Dr. Fausto Maruri Rueda, Jueces.**

RECURSO DE APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Eduardo Ochoa Chiriboga.

Juicio nro. 303-2011

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. TERCERA SALA DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 30 enero de 2012. Las 10h00.

VISTOS: Esta Sala, es competente para conocer el recurso de apelación presentado por el procesado Víctor Fabián Tercero Chusete, de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha. **ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE VÍCTOR TERCERO CHUSETE ATINENTE AL RECURSO DE APELACIÓN.** Dr. Patricio Almagro, quien a nombre de su defendido dice: Señor Presidente, señores Jueces, para comenzar, debo manifestar y aclarar que yo no fui abogado defensor del recurrente durante su procesamiento y sentencia, hago esta aclaración, por cuanto del proceso se desprende que como pruebas a favor de mi defendido constan fundamentalmente certificaciones que avalan su honorabilidad y su buena conducta, inclusive por consejo de su defensa, se acogió al derecho del silencio, hago este preámbulo por cuanto es evidente la limitación por lo cual mi defensa básicamente se va a centrar en el aspecto de la tipicidad. En cuanto a la fundamentación del recurso de apelación, debo manifestar que el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, sanciona a mi defendido por el delito tipificado en el art. 450.1.5 del Código Penal, lo cual no obedece a la realidad fáctica, ni procesal, pues a mi defendido se le atribuye que ha cometido el delito de asesinato en la persona de quien en vida fue su conviviente Miriam Ayo Cruz, hecho suscitado el 14 de enero del 2011, en el sector de San Antonio de Pichincha; de las pruebas que han servido de base para que se dicte la sentencia que ahora se recurre, se desprende fundamentalmente, el testimonio de la Cabo de Policía Cecilia Achig Cajamarca, quien manifiesta que el 14 de enero del 2011, cuando llegaron encontró el cadáver sentado en el sillón de la sala, que luego lo pusieron en el piso para realizar la respectiva inspección, destaca también que realizó una entrevista a mi defendido el señor Víctor Tercero y que del examen visual del cadáver, se desprende que tenía un orificio de arma de fuego. El otro testimonio a tenerse en cuenta es el rendido por el Dr. Luis Cisneros, médico forense, quien manifiesta que se trató de una muerte violenta, con un disparo a larga distancia y que en el cuerpo se verificó que el disparo fue realizado de atrás hacia delante; por su parte, el Cabo Rafael Sánchez, manifiesta que acudió al lugar y se entrevistó con su defendido. El teniente Rodrigo Cruz Camino, realizó la prueba microscópica de residuos del disparo; el Cabo Patricio Obando, se refirió en su pericia al análisis de la eviden-

cia: el Cabo Alejandro Quimbiulco y el Teniente Cristian Piedra, realizaron la experticia de la pistola y el análisis para determinar la distancia del disparo respectivamente. Los padres de la occisa, relatan fundamentalmente la forma en que el señor Víctor Tercero, acudió a ellos para darles la noticia manifestando que unos ladrones mataron a su hija. Hay varios testimonios de vecinos del lugar que manifiestan que escucharon un disparo y que fue una volqueta la que había dejado sin luz al sector; finalmente el Subteniente Carlos Vásquez, realiza la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, reiterando que fue una sola vez al sector y que el informe fue elaborado en base al relato de Víctor Tercero y también al parte elaborado por el Cabo Achig. Señor Presidente, no me quiero referir a la materialidad de la infracción que el Tribunal considera que está demostrada, tampoco a la responsabilidad que el Tribunal ha determinado en contra de mi defendido, pero si quiero referirme a las conclusiones constantes en la parte resolutive de la sentencia y que tienen que ver al tipo penal por el que se ha sentenciado a mi defendido, he hecho la enumeración de las pruebas que se practicaron durante la audiencia de juzgamiento, para tratar de determinar y encontrar de dónde sacó el Tribunal Penal, la conclusión de que mi defendido, ha cometido el delito de asesinato tipificado en el art. 450.1.5 y por tanto imponerle la pena de 16 años de reclusión, las causales a las que se refiere la sentencia son concretamente al numeral 1, la alevosía y la número 5 que se refiere a cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse. De toda la constancia procesal, absolutamente no se encuentra demostrado que mi defendido haya actuado con alevosía, ni tampoco se encuentra demostrado, que haya imposibilitado a la víctima para defenderse, esta enunciación y conclusión a la que llega el Tribunal, no puede ser arbitraria, pues, si en una sentencia cualquiera de las causales, éstas, deben estar demostradas conforme a derecho en la audiencia de juzgamiento, así por ejemplo, si considera que hubo envenenamiento, precio, alevosía o haber imposibilitado a la víctima, debe haber la prueba respectiva de la circunstancias agravantes a la que hace alusión la sentencia, ninguna de las actuaciones procesales ha logrado demostrar la existencia de las invocadas agravantes, más aún, si se tiene en cuenta que cuando llega la policía el cuerpo ya había sido trasladado, inclusive a una Clínica, en donde se constata el deceso de la víctima, luego de esto, el cuerpo es trasladado otra vez al domicilio y queda en evidencia según los testimonios de los agentes que rindieron el mismo, que la escena ya fue manipulada, entonces teniendo en cuenta este antecedente que es muy importante, no entiendo de dónde sacó el Tribunal Penal la idea de que se ha imposibilitado a la víctima para defenderse o se ha actuado con alevosía; las causales constantes en el art. 450 del Código Penal, son parte constitutiva del tipo penal, por tanto si existe una agravante de las referidas, las demás se convierten en causales genéricas, pero en el presente, así como manifesté, no existe evidencia procesal de dichas circunstancias agravantes, esto necesariamente señores Jueces, trae un defecto en la determinación de

la tipicidad, pues una cosa es que alguien le sentencie por un tipo penal de homicidio y otra muy distinta se considere alguien autor de asesinato. Doctrinariamente esto se concibe como un concurso aparente de leyes penales, los mismos que deben ser resueltos por el juzgador en base a los criterios de especialidad, subsidiaridad, consunción y alterabilidad. En el presente caso, es evidente que este tipo penal general debe aplicarse cuando no concurre el tipo penal especial, es decir el asesinato, por cuanto no se ha demostrado la circunstancia calificante del delito de asesinato y específicamente las causas 1 y 5. Reitero señores Jueces, que la determinación de las agravantes en la sentencia no puede ser arbitraria, he revisado de manera prolija las pruebas y no existe tal demostración, por otro lado, la sentencia en su acápite octavo que se refiere a las conclusiones de una manera muy escueta sin fundamentación alguna y sin la debida motivación que por mandato del art. 76.7 literal 1) deben ser parte obligada de la decisión de las jueces, sin embargo, si se revisa con imparcialidad la parte resolutive, podemos darnos cuenta que hay inexistencia absoluta de motivación para llegar a la conclusión de la existencia de las tantas veces referidas circunstancias agravantes. Por todo lo expuesto, señores Jueces, solicito que luego de la revisión de la referida sentencia, se constate los argumentos esgrimidos en defensa del recurrente y se acepte el recurso de apelación propuesto y en lo fundamental se haga una aplicación adecuada del tipo penal específico y acorde a la realidad procesal, en aplicación al principio de subsidiaridad al que hice referencia teniendo en cuenta que no se trata de un delito de asesinato sino de homicidio. **ARGUMENTACIÓN DEL DR. VICENTE REINOSO EN SU CALIDAD DE FISCAL AL RECURSO DE APELACIÓN.** Señores Jueces, el recurrente Víctor Fabián Tercero Chusete, por intermedio de su abogado defensor, ha sustentado oralmente en esta audiencia su recurso encaminado a pretender lograr que en esta Corte reforme la sentencia, considerando que se trata de un delito de homicidio y no de asesinato, lo que de hecho extraña que está aceptando expresamente la materialidad de una infracción, esto es la muerte de una persona, en razón de no encontrarse justificada las circunstancias 1 y 5 del art. 450 del Código Penal, así dice que no se encuentra, de las pruebas que se actuaron en el Tribunal Penal, quedó demostrada en una forma por demás inobjetable y transparente esencialmente la circunstancia 1 del art. 450, pues la víctima, ahora occisa, se le disparó por la espalda y el orificio de salida es por el pecho, es una prueba que se afirmó por la Perito Médico Legista que practicó la autopsia, de igual forma, se encuentra reflejado en el peritaje ocular técnico, en el que se determinó que no había ningún impacto de bala, ni huella de la misma, que haya venido de fuera de la casa, todo lo contrario, se encuentra el casquillo debajo del asiento, de igual forma testimoniaron vecinos del sector que en la noche que se suscitó este delito, escucharon un solo disparo y como había cuestionado dentro de la instrucción fiscal el abogado de la defensa, que no era posible que se escuche el disparo, se realizó con prolijidad y no solo con el ánimo de buscar los elementos de

juicio, sino como elementos de defensa, se hizo una diligencia de audio de balística para ver a esa hora, hasta donde se podía escuchar el disparo, por otro lado, el señor Tercero Chusete dice que hizo el disparo, solo que tergiversando la verdad, expresa que lo hizo para ejercer su derecho a la defensa y que había sido de afuera hacia dentro. Estamos hablando si existe o no señores Jueces, ese elemento constitutivo del asesinato, la fiscalía ha acusado el asesinato por haberse probado la existencia de la alevosía, me pregunto habrá o no alevosía, respecto de las emociones del señor de Tercero Chusete, pero que dispare a espaldas en una forma cobarde no tuvo forma de defensa, por la espalda con una arma de fuego es que no solo estaba ese elemento constitutivo del asesinato se ha señalado ya, al respecto debo hablar de que no se han considerado atenuantes, en razón de que siendo elemento y circunstancias constitutivas en los numerales del art. 450 del Código Penal, no pueden ser consideradas nuevamente como agravantes, la doctrina y jurisprudencia consideran una agravante el duelo, los eran de la misma manera, lo que no puede ser de otra manera, en razón de la malicia de la temeridad del escándalo social que en su conjunto y concurrencia de elementos produce en la sociedad; hasta cierto punto, salió beneficiado Tercero Chusete, él, estuviera condenado por parricidio, en tal virtud, en base de lo expuesto y los méritos del proceso, me opongo a la pretensión del recurrente que se cambie el delito sentenciado por el Tribunal Octavo de Garantías Penales, como asesinato a homicidio simple, pues repugna en una forma total con los méritos probatorios que se encuentran plasmados en el fallo recurrido. **RÉPLICA DEL ABOGADO DEL RECURRENTE:** Señores Jueces, únicamente puntualizar que la existencia de pruebas de la existencia de circunstancias agravantes, no obedece a la realidad de lo manifestado por el señor Fiscal, pues el hecho de que manifieste que se ha imposibilitado a la víctima y el numeral 1 es una recreación hipotética de cómo se pudieron dar los hechos, para esto se debe tener en cuenta los testimonios de los agentes investigadores y quienes llegaron a la escena del hecho instantes después de cometido el mismo, es en el sentido de que el escenario fue totalmente modificado como anteriormente lo expuse, por lo expuesto, vuelvo a solicitar a esta Sala que se admita el recurso en los términos planteados por la defensa. **CONSIDERANDOS: 1.** La Sala, es competente para conocer el presente recurso de apelación de la sentencia condenatoria de conformidad con lo dispuesto en el art. 343.2 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con lo dispuesto en el art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **2.** En la tramitación del recurso de apelación, se han observado las garantías básicas del derecho al debido proceso, por lo que se declara su validez. **3.** Escuchados que han sido los sujetos procesales, sobre la base de los presupuestos fácticos referidos en esta audiencia de viva voz por el recurrente y por la Fiscalía, en su calidad de titular e instructor de la acción penal. La acción generada por el recurrente o sujeto activo, dilucida sujetarse a un momento ex ante, presente de la consecución del hecho punible. Al momento presente de la

consumación del tipo, tanto objetivo como subjetivo penal, le precede la irrogación del curso causal en el cual el agente demuestra el dominio de hecho, a su vez antecedido de su pensamiento y voluntad, en otras palabras, en el caso que le convoca resolver a la Sala, el sujeto activo ha generado una acción que comporta el dolo, el elemento cognoscitivo y volitivo de sujeto activo recurrente, demuestra un dominio fáctico del hecho típico, adecuado al elemento subjetivo dolo directo. Los argumentos fácticos antes referidos y razonados se contienen en instrumentos procesales probatorios lícitos y legales, a saber: testimonios rendidos por Luis Gonzalo Ayo Chipantasi, Ana María Cruz Tibán, Luis Gonzalo Ayo Cruz, Oswaldo Toaquizza Criollo, Fabián Chipantasi Caiza, Víctor Manuel Minango Usiña, Jaime Chipantasi Tituaña, quienes de manera coincidencial refieren haber escuchado un disparo desde el interior de la vivienda, expresando haber estado a unos metros de donde se suscitó el hecho, que no han visto correr a personas extrañas, que quien ha dado aviso de que la hoy occisa estaba herida ha sido Víctor Fabián Tercero Chusete, dan cuenta que la acción generadora de resultados punibles, cuyo principio y fin como ente receptor de la agresión, rebasa el riesgo prohibido en la norma, que genera un riesgo jurídicamente desaprobado, es generada por el sujeto activo o recurrente, la acción de propinar la herida mortal mediante el uso de arma de fuego tiene como principio de ejecución en el pensamiento, o fuero interno del sujeto activo y exteriorizada mediante la consecución o causación de resultados mortales, jurídicamente lesivos al bien jurídico de la vida. Instrumentos probatorios que demuestran más allá de la duda razonable, que el sujeto activo, es quien generó la acción con la cual se procura el tipo penal de asesinato en sus agravantes y verbo rector, muerte con alevosía e imposibilitar a la víctima para defenderse. La circunstancia fáctica, de disparar por la espalda a la víctima, impide que la misma, prevenga la consecuencia de la acción irrogada por el sujeto activo mediante el uso razonable de la legítima defensa. En cuanto al medio utilizado por el sujeto activo para lograr el resultado punible, esto es, arma de fuego, pistola marca Glock, con número de serie MWK921, color negro, calibre 9mm, según testimonio rendido en la audiencia de juicio, el Perito Alejandro David Quimbulco Gallardo, informa que realizó el informe pericial del arma de fuego, la misma que fue disparada luego de su última limpieza; y con el testimonio del Teniente Rodrigo Cruz Camino, que ha realizado el informe pericial de prueba microscópica electrónica de barrido, informa que se realizó las tomas de las muestras en la persona del señor Víctor tercero, estas muestras fueron tomadas en manos y prendas de vestir, ulteriormente estas muestras son ingresadas al microscopio electrónico del barrido. Al hacer el análisis en el microscopio lo que se obtuvo fue resultado de cien por ciento de plomo, cien por ciento de vario, cien por ciento de antimonio producto de la muestra que fue tomada tanto en manos y prendas de vestir del señor Víctor Tercero Chusete, pruebas testimoniales que justifican la verdad científica que contiene la experticia médico legal de la

muerte de Miriam Ayo Cruz, realizada por el Perito Médico Legista Luis Estuardo Cisneros Yépez, quien en su testimonio dice: que la occisa presenta una herida por penetración de proyectil de arma de fuego. En la espalda tenía un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, prácticamente en el pecho superior tenía un orificio de salida de proyectil de arma de fuego; en este trayecto provoca una hemorragia, producto de la laceración de la vena cava superior, y del pericardio que recubre las dos arterias que nacen del corazón y produce una solución de continuidad que quiere decir una sección y esto hace que salga una gran cantidad de sangre hacia la cavidad torácica provocando un hemotorax que es la sangre en la cavidad torácica que fue lo que produjo la causa de muerte, desde el punto de vista médico legal, violenta. Los asertos fácticos de la mentada experticia, delatan la formación de la herida mortal, mediante el uso de arma de fuego. En cuanto a la relación de causalidad, entre la acción y el resultado que explica la objetividad del resultado, frente al presunto agente generador de la acción. Es evidente, que el sujeto activo al haber estado presente en el lugar de los hechos, haber procurado el curso causal dirigido a la lesión del bien jurídico de la vida del pasivo, está, en acuerdo a la teoría de la imputación objetiva que se superpone a la mera causación de conductas. Según la teoría de la causa natural, el resultado penalmente relevante verificado en el bien jurídico es imputable al agente generador de la acción u omisión, típica, anti-jurídica, culpable y punible, que el riesgo prohibido en la norma con el cual configura el tipo tanto objetivo como subjetivo del art. 450.1 del Código Penal. La norma con estructura de regla, supone el presupuesto de hecho con una consecuencia jurídica, en el presupuesto de hecho se contiene el verbo rector o elemento objetivo del tipo y en la consecuencia se contiene la razón de punibilidad, a la sazón, el principio de legalidad *nullum crimen, nullum lege*, advierte en sentido preventivo la imposición de la pena frente al delito descrito por el legislador, en el caso, el método de subsunción mediante el razonamiento sicológico (premisa mayor, menor y conclusión) determina que el sujeto activo, ha encuadrado su conducta en el tipo penal de asesinato, pues como se dijo la acción de herir con arma de fuego por la espalda a larga distancia según testimonio del Perito Teniente Cristian Arturo Piedra Pérez, esto es a más de 70 cm de la víctima sin que el sujeto pasivo pueda defenderse, delata premeditación de la acción, sobre seguro del resultado imperioso a la generación del óbito del pasivo. Sobre la base de los arts. 304 A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, Ergo **HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, la Sala rechaza el recurso de apelación propuesto por el sujeto activo, confirmando en todas sus partes la sentencia venida en grado. El estado y condición del sentenciado obra de la resolución venida en grado. Ejecutoriada esta resolución, retornen los autos al Tribunal de Origen para los efectos legales correspondientes. **Notifíquese.**

f.) Dr. Eduardo Ochoa Chiriboga, Dr. Edwin Román Cañazares, Dr. Rigoberto Ibarra Alboreda, Jueces.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, 28 de junio de 2013. Las 08h20.

VISTOS: El ciudadano Víctor Fabián Tercero Chusete, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 30 de enero del 2012, a las 10h00, la cual confirma en todas sus partes el fallo dictado por el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 14 de junio del 2011, a las 08h30, en el cual se declara su culpabilidad, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1.5, del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. Por el sorteo realizado, le corresponde conocer del presente recurso a este Tribunal de Casación, de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la Doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente, y la Doctora Aida Palacios Coronel y Doctor Edgar Flores Mier, como conjuces miembros del Tribunal; por lo que, habiéndose agotado el trámite legal pertinente y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **1. COMPETENCIA Y VALIDEZ.** Este Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en 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, del Código de Procedimiento Penal. Este recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354, del 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 de detención, signado por la policía Wendy Liliana Barrera Aynoca, se ha llegado a conocer que el 14 de enero del 2011, en el sector de San Antonio de Pichincha, se ha encontrado el cadáver de quien en vida fue Myriam Ayo Cruz, por información que ha sido obtenida del padre de la hoy occisa, Luis Gonzalo Ayo Chipantasig, quien ha manifestado que en tal fecha, ha llegado a su domicilio el señor Víctor Fabián Tercero Chusete, cónyuge de su difunta hija, y le ha sabido manifestar que unos ladrones han intentado entrar a su domicilio, razón por la cual ha realizado un disparo al aire para amedrentarlos, posterior a lo cual se ha dado cuenta de que su cónyuge se encontraba herida y sangrando, tal persona además le ha indicado que intentó detener al delincuente que ingresó a su vivienda, pero que no lo ha podido alcanzar. El denunciante ha agregado, que al bajar al domicilio de la difunta, le han encontrado en el piso, sangrando por el pecho y la espalda, por lo cual le han

llevado a la clínica Dos Hemisferios, lugar en el que se ha confirmado su deceso. Con fecha 14 de enero del 2011, se ha llevado a cabo la audiencia de calificación de flagrantía, ante la Jueza Vigésimo Tercera de Garantías Penales de Pichincha, en la cual se ha declarado abierta la instrucción fiscal, en contra de Víctor Fabián Tercero Chusete, la cual ha concluido con el dictamen acusatorio del fiscal de la causa, vertido en la audiencia preparatoria de juicio, celebrada el día 30 de marzo del 2011, dictamen que ha sido acogido por el Juez Decimosegundo de Garantías Penales, de dicha provincia, mediante auto de llamamiento a juicio emitido con fecha 5 de abril del 2011, en el cual se declara que existe graves y fundadas presunciones de responsabilidad, en grado de autor, de Víctor Fabián Tercero Chusete, por el delito contenido en el artículo 450 del Código Penal, esto es, asesinato. El Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, a quien por sorteo le ha correspondido resolver la causa, ha dictado sentencia de culpabilidad en contra de Víctor Fabián Tercero Chusete, imponiéndole la pena de 16 años de reclusión mayor especial, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 450.1.5 del Código Penal, para lo cual se ha basado en los siguientes medios de prueba:

- Testimonio del doctor Luis Estuardo Cisneros Yépez, quien ha realizado la autopsia de quien en vida fue Myriam Ayo Cruz, con la cual ha podido verificar que la occisa presentaba una herida a nivel del hemitórax izquierdo, en su cara posterior, es decir, en la espalda; que la herida pudo haber sido ocasionada por un proyectil de arma de fuego; que internamente, ha presentado fractura en el quinto arco costal, lesión en la membrana que recubre el corazón y en la arteria aorta y cava superior; que la causa de la muerte ha sido una hemorragia interna aguda, por penetración o paso de proyectil de arma de fuego; que la herida ha presentado una trayectoria de atrás hacia adelante, y de abajo hacia arriba.
- Testimonio del Policía Roberth Patricio Sánchez Pinta, quien ha realizado la inspección ocular técnica del lugar de los hechos, esto es, el domicilio de Víctor Fabián Tercero Chusete y Myriam Ayo Cruz, en el cual ha podido localizar en un sillón de la sala, el cuerpo sin vida de la precitada ciudadana; además, debajo del sillón ha encontrado una vaina percutida, presuntamente de una pistola, marca Glock, la cual ha estado en el velador de uno de los dormitorios del domicilio. El testigo además, ha afirmado haber encontrado maculaciones de color rojo, a un metro de la puerta de ingreso y en una de las paredes cercanas, las cuales han sido hechas por embarradura, lo que sucede cuando alguien se intenta apoyar sobre un objeto.
- Testimonio de la perito química Jeanneth Jaramillo Caiza, quien ha realizado pruebas para determinar la composición de las maculaciones rojas que han sido encontradas en el lugar de los hechos, para lo cual le han sido entregadas muestras de dichas maculaciones, las cuales, con posterioridad al análisis realizado, han podido ser establecidas como sangre.
- Testimonio del policía Rodrigo Cruz Camino, quien

ha realizado una microscopía electrónica de barrido, sobre las muestras que han sido obtenidas de las manos del procesado y de sus prendas de vestir, con el fin de determinar si en ellas se ha logrado encontrar rastros de antimonio, vario o plomo, elementos fundamentales para fabricar las capsulas fulminantes de las balas. Los resultados que ha obtenido de los diferentes exámenes de las muestras, han sido cien por ciento para todos los compuestos, lo que ha dado claras luces de que Víctor Tercero Chusete ha realizado un disparo de arma de fuego.

- Testimonio del policía Alejandro David Quimbiurco Gallardo, quien ha realizado el hisopado del interior del cañón del arma marca Glock, con serie numérica MWK-921, que ha sido encontrada en el domicilio de Víctor Fabián Tercero Chusete y Myriam Ayo Cruz, con el fin de obtener muestras a las que se les ha aplicado reactivos químicos, para determinar si el arma ha sido disparada luego de su última limpieza, operación que ha arrojado resultados positivos. El perito además ha realizado un cotejo microscópico de comparación balística, con el fin de determinar si la vaina percutada encontrada en el lugar de los hechos, ha sido disparada por la pistola marca Glock, con serie numérica MWK-921, actividad que también ha arrojado resultados positivos.

- Testimonio del policía Cristian Arturo Piedra Pérez, quien ha realizado una pericia de Wolker modificada, sobre las prendas de vestir de la ahora occisa Myriam Ayo Cruz, con el fin de determinar si el disparo que ha sido realizado en su contra, se ha efectuado a una distancia mayor o menor a setenta centímetros, examen que ha determinado que el disparo ha sido hecho a larga distancia, por no haberse encontrado rastros de la deflagración de la pólvora en las prendas de vestir analizadas.

- Testimonio de Luis Gonzalo Ayo Chipantasig, padre de la occisa, quien ha indicado que la relación de su hija con Víctor Fabián Tercero Chusete era buena, pero que cinco meses antes de la muerte de Myriam Ayo Cruz, han empezado a tener problemas, debido a que el ahora procesado ha tenido una amante; que Víctor Fabián Tercero, se ha ido de la casa durante un mes y medio, pero que después han arreglado las cosas por el bien del hogar; que luego de un tiempo la hoy occisa le ha chocado el automóvil al procesado, debido a que le ha visto con su amante; que la difunta tenía una boleta de auxilio en contra del procesado, pues había recibido llamadas amenazantes del mismo.

- Testimonio de Ana María Cruz Tibán, madre de la occisa, quien ha manifestado que el día de acaecidos los hechos, el procesado ha llegado a su domicilio para indicarles que unos delincuentes le habían disparado a su hija, por lo cual se han dirigido hasta la residencia de la ahora occisa, en donde le han encontrado todavía con vida, movilizándola a la clínica Dos Hemisferios, donde le han manifestado que ya estaba muerta; que la relación de su hija con el procesado era buena, pero que desde hace cinco meses antes de ocurridos los hechos, habían empezado a pelear, porque supuestamente Víctor Tercero ha tenido una amante; que un día su hija le

ha visto en un automóvil con otra mujer, razón por la cual le ha cerrado el paso, lo que ha provocado una colisión automovilística; que luego del accidente, su hija ha recibido una llamada del procesado, quien le ha dicho que le iba a matar, por lo que al día siguiente la ahora occisa había conseguido una boleta de auxilio.

- Testimonio Luis Gonzalo Ayo Cruz, hermano de la occisa, quien ha indicado que el día de suscitados los hechos, el procesado ha llegado a decirles a sus padres que mataron a su hermana, luego de lo cual se han dirigido al domicilio de la finada, donde todavía le han encontrado con vida, por lo que le han llevado a la clínica Dos Hemisferios, donde le han declarado muerta.

- Testimonio de Oswaldo Toaquiza Criollo, quien ha indicado que vive a cien metros de la casa de la ahora occisa; que el día de ocurridos los hechos ha escuchado un disparo proveniente del mentado domicilio; que luego ha visto como colocaban a Myriam Ayo Cruz en una camioneta azul.

- Testimonio de Fabián Chipantasig Caiza, quien ha indicado que conocía a Miriam Ayo Cruz por ser su vecina; que el 14 de enero del 2011, ha escuchado un disparo proveniente de la casa de la ahora occisa.

- Testimonio de Víctor Manuel Minango Usiña, quien ha expresado que el domicilio del procesado Víctor Fabián Tercero Chusete, se encuentra detrás de su negocio; que el 14 de enero del 2011 ha oído un disparo proveniente de la casa de Myriam Ayo Cruz.

- Testimonio de Jaime Chipantasig Tituaña, quien ha indicado que conocía a Miriam Ayo Cruz, pues ha sido su vecina; que el día de suscitados los hechos ha escuchado un solo disparo proveniente de su domicilio.

- Testimonio del Policía Jorge Efraín Mallitasig, quien ha realizado una pericia balística, para determinar hasta qué distancia es audible un disparo, tomando en cuenta las características de la escena del delito, llegando a concluir que se podría escuchar la percusión, hasta aproximadamente ciento cincuenta metros desde el exterior del domicilio.

- Copia certificada de la boleta de auxilio concedida a Myriam Ayo Cruz, en contra de Víctor Fabián Tercero Chusete, con fecha 11 de noviembre de 2010, por la Tercera Comisaría de la Mujer y la Familia del Cantón Quito.

- Testimonio del doctor Ítalo Rojas, quien ha realizado la evaluación psicológica del procesado, el cual ha negado haber matado a su esposa; además, ha relatado la manera en la que han acaecido los hechos, indicando que unos ladrones han intentado entrar a su casa y le han disparado a su esposa, relato en el cual no ha dado señales de tener ninguna psicopatología importante.

3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO. 3.1 Del recurrente Víctor Fabián Tercero Chusete. En la audiencia, oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Wilson Camino, Defensor Público del recurrente Víctor Fabián Tercero Chusete, después de hacer un recuento de los hechos objeto del presente proceso penal, ha señalado que el juzgador al dictar sentencia, ha violado el ordenamiento jurídico,

aseveración que ha cimentado en los siguientes argumentos:

- Violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que los juzgadores de instancia no han tomado en cuenta, de manera lógica y racional, lo indicado por su defendido, en cuanto ha manifestado que el día de acaecidos los hechos, unos delincuentes han entrado a su domicilio a robar, circunstancia que le ha sido comunicada por su esposa, a lo cual ha reaccionado dirigiéndose a tomar su arma de dotación, que ha estado en otro cuarto, momento en el que ha escuchado un disparo proveniente de afuera de la vivienda que ha logrado impactar a su esposa.

- Violación del artículo 459 del Código Penal (homicidio inintencional), por cuanto no se lo ha aplicado al caso concreto, habiéndose comprobado que el disparo realizado por Víctor Fabián Tercero Chusete, nunca ha sido realizado con la intención de dar muerte a alguien, sino solo para repelear la agresión de los delincuentes.

- Violación del artículo 450.1, ya que tomando en cuenta el punto anterior, no puede haber alevosía en un acto inintencional, además de que tal circunstancia no ha sido comprobada en el juicio.

- Violación del artículo 29.6.7 del Código Penal, puesto que no se ha aplicado atenuantes al procesado, existiendo probada su conducta ejemplar, anterior y posterior al hecho delictivo.

- El recurrente, ha mencionado además la violación de los artículos 304-A del Código de Procedimiento Penal, y 82 de la Constitución de la República, pero no ha indicado en qué consisten tales violaciones. **3.2 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.** Al contestar la fundamentación del recurso de casación, el delegado del señor Fiscal General del Estado, doctor José García Falconí, ha manifestado:

- Que el recurso de casación solo se refiere a la violación de la ley, en una de las formas constantes en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, convirtiendo a este medio de impugnación en una actividad eminentemente técnica y extraordinaria.

- Que la alevosía está probada con los propios hechos constantes en la sentencia, en la cual se manifiesta que solo ha existido un disparo realizado por la espalda a la occisa, y no tres, como quiere hacer creer el recurrente. **4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA 4.1 Del recurso de casación.** La casación es el último peldaño jurisdiccional, que en su normal desenvolvimiento transita un juicio, es una fase del proceso adicional a la doble instancia, en la cual se reduce la capacidad de actuación del Tribunal que lo resuelve, limitándose a analizar la sentencia de instancia, en busca de errores de derecho que se hubieran podido producir en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Las for-

mas de violación a la ley, que pueden llegar a producir que se case la sentencia venida en grado, están establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y son de orden taxativo, convirtiéndose su demostración, en una de las actividades básicas que debe ejercer el impugnante, mediante su fundamentación; lo cual, no limita la capacidad del Tribunal de Casación, que en virtud del artículo 358 *ejusdem*, puede casar la sentencia inclusive aunque los argumentos del recurrente, sobre un error de derecho existente, sean incorrectos, o cuando el impugnante haya obviado mencionar un error de derecho, distinto a aquel en virtud del cual se ha fundamentado el recurso, pero que el Tribunal de Casación ha observado, sin que pueda omitirse su corrección, por la falta de fundamentación del recurrente al respecto. La trascendencia del error de derecho, se demuestra mediante su influencia en la parte resolutive del fallo, ya sea en cuanto a la responsabilidad del procesado, o con relación a la modulación de su pena, pues esto denota que la parte procesal impugnante, sea cual fuere, ha sufrido una limitación ilegítima de los derechos que ha puesto en riesgo al intervenir en el proceso judicial, lo cual evidentemente le provoca un gravamen, fundamento de su interés para recurrir, el cual debe ser atendido por el Tribunal de Casación, prioritariamente, frente a los fines nomofilácticos de la casación, pues "(...) los recursos son ahora un mecanismo para la realización de los derechos fundamentales del imputado (...)"¹. **4.2 De la fundamentación del recurso y las vulneraciones legales invocadas por el recurrente. 4.2.1.** En primer lugar, este Tribunal, procederá a analizar la alegación realizada por el recurrente, respecto de la violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, y para ello, debemos tomar en cuenta lo mencionado por la jueza ponente del mismo, en un voto concurrente de su autoría, respecto del mismo tema: "(...) la forma en la cual debe ser planteado tal error; se constituye en una de las actividades más difíciles para el recurrente, quien debe demostrar un verdadero dominio de la técnica jurídica para poder hacer notar al Tribunal de Casación, que se ha violado fehacientemente lo que conocemos como reglas de la sana crítica, (...) en las cuales se comprenden las de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad (...)"². Al alegar este tipo de error, no se ataca directamente la conclusión a la que ha llegado el juzgador de instancia sobre el acervo probatorio que le ha sido entregado por las partes, sino que se lo hace mediante las razones y los motivos que le han llevado a elaborar tal conclusión, de los cuales se debe desprender con claridad meridiana, que el órgano jurisdiccional efectivamente ha actuado de manera arbitraria, al no encontrarse presente en sus afirmaciones "(...) alguna actividad razonadora, por elemental y rápida que sea, sin la cual le sería imposible obtener las inferencias del hecho o la cosa observados (...)"^{3 4}. Ampliando este criterio,

¹ Pastor, Daniel R.. La Nueva Imagen de la Casación Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. Año 2001. Pág. 115.

² Devis Echandía, Hernando. Teoría de la Prueba Judicial, Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2006, Pág. 98.

³ Devis Echandía Hernando. Óp. Cit. Supra. Pág. 279.

⁴ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal. Voto concurrente añadido a la resolución No. 627-2013, que resuelve el recurso de casación signado con el No. 126-2010.

podemos afirmar que al atacar las razones por las cuales el juzgador ha aceptado como cierto un hecho, implica de parte del recurrente, expresar sus propios fundamentos, que comparados con los del juzgador, se puede concluir que estos últimos son errados; lo que implica, que no basta con manifestar que el órgano jurisdiccional ha violado los parámetros de la sana crítica, sino que además, se debe desarrollar tal cargo con base a la arbitrariedad o absurdez demostrada en el criterio del juez de instancia, vertido en una parte específica de su fallo; adjetivos calificativos, que solo se le pueden dar a tal criterio, al haberlos confrontado con una regla concreta de la propia ciencia jurídica, de la lógica, la experiencia o inclusive de las demás ciencias de las que se vale el derecho para poder emitir criterios judiciales, como por ejemplo, la psicología o la sociología. En el caso concreto, el recurrente ha manifestado que la violación al artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, se ha dado porque el juzgador ha hecho caso omiso de una de las teorías del caso que ha planteado la defensa, indicando que la muerte de Myriam Ayo Cruz, se dio como producto de la intromisión a su vivienda de unos maleantes, quienes han sido los que le han disparado, provocándole una hemorragia interna y con ello la muerte. Al respecto, debemos manifestar que si bien el que un juzgador no analice, ni preste la debida atención a una de las teorías del caso, que resulta distinta a la de la acusación, de la cual se ha intentado su comprobación mediante la actuación de varios medios de prueba válidos en la audiencia de juzgamiento y que se encuentran descritos en las sentencias de instancia, desechándola, sin expresar ningún argumento para hacerlo, constituye una violación fehaciente a la sana crítica, en virtud del principio jurídico de unidad de la prueba y de los principios lógicos de contradicción y tercero excluido; para que se configure este escenario, es trascendental que se haya intentado, por parte de la defensa, demostrar dicha teoría, pues si tan solo se la ha dejado en meros argumentos escritos, en contraposición con una teoría acusatoria debidamente probada, no hace mérito, ni siquiera para ser mencionada en la sentencia del juzgador de instancia, pues el mismo no tendrá elementos para realizar una comparación de ambas, como efectivamente se constata de la simple lectura de la sentencia recurrida, teniendo necesariamente que limitarse a analizar, aquella que se ha intentado comprobar mediante el acervo probatorio presentado en juicio. En el caso *sub judice*, no consta ningún elemento probatorio respecto de la teoría del caso planteada por el procesado, a lo que debemos añadir que dicho individuo, ahora recurrente, inclusive se ha acogido a su derecho a guardar silencio, por lo que su coartada ha sido manejada tan solo mediante los alegatos realizados por su defensa en primera instancia, los cuales fueron abandonados al fundamentar el recurso de apelación, ante la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ya que, de lo obrante en la sentencia expedida por tal judicatura, es el abogado defensor del procesado quien ha manifestado: “(...) no me quiero referir a la materialidad de la infracción que el Tribunal considera que está demostrada, tam-

poco a la responsabilidad que el Tribunal ha determinado en contra de mi defendido, pero si quiero referirme a las conclusiones constantes en la parte resolutive de la sentencia y que tienen que ver al tipo penal por el que se ha sentenciado a mi defendido (...)”, para después añadir, “(...) en lo fundamental se haga una aplicación adecuada del tipo penal específico y acorde a la realidad procesal, en aplicación al principio de subsidiariedad al que hice referencia teniendo en cuenta que no se trata de un delito de asesinato sino de homicidio.”; por último, debemos también hacer notar, que el defensor público del procesado, en esta sede de casación, al fundamentar oralmente el recurso, ha utilizado primero esta teoría fáctica, de que han sido los delincuentes que han irrumpido en la vivienda del procesado quienes han ocasionado la muerte de su esposa, para luego, con el fin de mencionar la falta de aplicación del artículo 459 del Código Penal, indicar que si bien el ahora recurrente, ha hecho un disparo con su arma de dotación, nunca lo hizo con la intención de lastimar a su cónyuge, lo que implica que en realidad fue él quien hizo el disparo que terminó con la vida de Myriam Ayo Cruz y no como se pretendía hacer creer a los jueces de instancia y ahora a este Tribunal de Casación, que la muerte fue producto del disparo de otras personas. En definitiva, es el mismo defensor del recurrente el que ha utilizado, con respecto a los hechos, dos teorías distintas para fundamentar el recurso de casación, diciendo en primer lugar, que no ha sido su defendido quien ha realizado el disparo mortal, para después, afirmar que si lo ha hecho pero sin intención dolosa. Este Tribunal de Casación concluye en afirmar, que ha sido el abogado del recurrente quien se ha encargado de desacreditar su propia teoría, en virtud de la cual ha planteado la violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, aseveración que inclusive fue abandonada por la defensa del procesado en segunda instancia, momento procesal en el que se intentó configurar un error en la tipificación de la conducta del acusado (de asesinato a homicidio simple), por lo que las alegaciones realizadas con respecto a la mentada violación, se declaran improcedentes. 4.2.2 Con relación a la falta de aplicación del artículo 459 del Código Penal que también ha alegado el recurrente, en contraposición del primer cargo analizado *supra*, indicando que el disparo que ha realizado Víctor Fabián Tercero Chuset, y que a la postre ha causado la muerte de Myriam Ayo Cruz, no ha sido efectuado con intención dolosa, sino con la finalidad de contrarrestar la intromisión de varios delincuentes que han ingresado en su domicilio, este Tribunal de Casación responde, indicando, que el análisis de un homicidio inintencional, conlleva al estudio del querer subjetivo del infractor, pues en estos casos, el dolo no está presente en el querer del mismo y es sustituido por la culpa, razón por la cual el verbo rector del tipo penal varía del simplemente “dar muerte”, a hacerlo mediante una actuación que objetivamente resultaba peligrosa para el bien jurídico protegido, vida. Siguiendo la línea trazada *supra*, podemos decir que la culpa genéricamente, y tal como está descrita en el artículo 14 del Código Penal, implica la existencia de un acontecimiento que “(...) pudiendo ser

previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos y órdenes (...).” De este concepto, podemos extraer tres requisitos para la existencia del delito culposo: 1) Que se haya presentado en la realidad un hecho que constituya delito, lo cual vendrá configurado por la comprobación de sus elementos objetivos en juicio. En el caso concreto, el homicidio acarrea no solo la comprobación del fin de la existencia de una persona, sino que dicha situación se ha provocado por el actuar de otro individuo de la especie humana; 2) Que el hecho delictivo, habiendo sido producto del actuar del infractor, provocándose una relación de causalidad entre éste y el resultado dañoso, no ha sido querido por el mismo, revelando que ha existido en su conducta, falta de intención dolosa; y, 3) Que el sujeto activo de la infracción, “(...) desde una perspectiva ex ante, es decir, a partir de los datos reconocibles en el momento de la ejecución de la conducta (...)”, haya podido prever que su actuar podía conllevar un riesgo jurídico, penalmente relevante (...)”⁵, resultante en un delito, el cual de presentarse en la realidad, volvería claramente notorio que el infractor fue negligente⁶, imprudente⁷, falto de pericia⁸, o que atentó claramente en contra del ordenamiento jurídico. En el caso concreto, de los hechos tenidos como ciertos por los juzgadores de instancia, y que han sido consagrados en sus sentencias, consta lo siguiente: 1) Que en el lugar en que se cometió la infracción, fue encontrada una pistola marca Glock, calibre 9mm, con serie numérica MWK-921; 2) Que luego de las pericias practicadas sobre dicha pistola, en especial la realizada por el policía Alejandro David Quimbiurco Gallardo, se ha logrado determinar que ésta fue disparada después de su última limpieza; 3) Que una vez realizada la microscopía electrónica de barrido en las manos y prendas de vestir del procesado, se encontró restos de los compuestos que forman la capsula fulminante de una bala, lo que llevó a concluir que dicho individuo había realizado recientemente un disparo con un arma de fuego; 4) Que los moradores del sector han indicado que escucharon un solo disparo, proveniente del interior de la vivienda que compartían Víctor Fabián Tercero Chusete y la ahora occisa, Myriam Ayo Cruz; 5) Que los vecinos del sector, han afirmado que no vieron a ninguna persona sospechosa salir de la vivienda de la ahora occisa, ni merodear el lugar; 6) Que la única persona que se encontraba al interior de la vivienda, era el ahora recurrente y procesado; 7) Que el disparo se

produjo a más de uno metro de distancia y que ingresó de abajo hacia arriba, por la espalda de la ahora occisa; 8) Que el arma que produjo el disparo y por ende la muerte de Myriam Ayo Cruz, fue la que se encontró al interior de la vivienda donde se produjo el crimen y que fue tomada y disparada por el procesado. Expuestos de esta manera los hechos, sería ilógico desde cualquier punto de vista, concluir que se ha comprobado un actuar negligente, o culposo de Víctor Fabián Tercero Chusete, afirmación que como se dijo *ut supra*, ni siquiera ha sido confirmada con el propio testimonio del procesado, y que ha sido mantenida por la defensa, solamente mediante sus alegatos, razón por la cual, no le es posible fallar a este Tribunal de Casación, que haya existido realmente una falta de aplicación del artículo 459 del Código Penal, ya que los requisitos para que la conducta analizada se encuadre en la precitada norma, principalmente la falta de dolo en el actuar del procesado, no han sido ni remotamente justificados mediante acervo probatorio alguno presentado en la etapa de juicio. 4.2.3 Respecto a la alegación del recurrente, en virtud de la cual ha manifestado que en un acto inintencional no puede existir alevosía, por lo cual habría una fehaciente violación al artículo 450.1 del Código Penal, este Tribunal de Casación debe indicar, que al haber analizado en el numeral anterior, que el acto delictivo producido por Víctor Fabián Tercero Chusete, no puede ser considerado como culposo, torna en improcedente la alegación realizada en contra de la sentencia impugnada; sin embargo, más allá de esta afirmación, y revisando el concepto de alevosía, que se traduce en el ocultamiento de las intenciones delictivas del sujeto activo del delito, ya sea de manera 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 (...)”⁹, es decir, cuando el sujeto activo de la infracción ha utilizado engaños y artimañas para asegurar el resultado de su actuación, impidiendo que la víctima se defienda; o de manera física, cuando “(...) el sujeto espera emboscado el paso de su enemigo a quien quiere matar (...)”¹⁰, ocultando de esta manera su físico, apartándose de la vista del sujeto pasivo para atacarlo por sorpresa, podemos concluir que esta circunstancia se ha presentado en el caso *sub judice*, pues revisando una vez más los presupuestos fácticos, consagrados por los juzgadores de instancia en sus sentencias, saltan a la vista dos circunstancias: 1) Luego de la autopsia practicada sobre quien en vida

⁵ Gálvez Villegas, Tomás Aladino; Rojas León, Ricardo César. Derecho Penal, Parte Especial (Introducción a la Parte General), Tomo I. Jurista Editores. Lima, Perú. Año 2011. Pág. 177.

⁶ Cfr. Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. Año 1998. Pág. 701. Negligencia.- “(...) omisión por el autor de los debidos cuidados que no le permitieron tener conciencia de los peligros de su conducta de las demás personas o bienes.”

⁷ Cfr. Quiceno Álvarez, Fernando. Diccionario Conceptual de Derecho Penal. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, Colombia. Año 2004. Pág. 361. Imprudencia.- “(...) En la imprudencia, la omisión de los cuidados por el autor, se manifiesta en una conducta cuya peligrosidad para las personas, bienes o intereses ajenos reside en sí misma.” En la conducta imprudente, el infractor actúa de una manera que no puede ser calificada de otra forma que no sea impulsiva.

⁸ Cfr. Goldstein, Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 568. Impericia.- “Para el ejercicio de una actividad relativa a una profesión o a un arte, se supone la previa existencia de conocimientos que lo faciliten o faculten; si, en cambio el agente actúa con desconocimiento, se dice que obra con impericia.”

⁹ Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. Año 1990. Pág. 28.

¹⁰ Creus Carlos, Óp. Cit. Supra. Pág. 29.

fue Myriam Ayo Cruz, se logró determinar que el disparo que le quitó la vida le fue propinado en la espalda, y tuvo una trayectoria en su cuerpo de atrás hacia delante y de abajo hacia arriba; y, 2) Todos los moradores del lugar, que acudieron como testigos a la audiencia de juzgamiento, aseguran que el disparo fue realizado durante una falla eléctrica que provocó un corte de energía, dejando todo el lugar a oscuras. Estas dos situaciones, dan claras luces de que el procesado intentó realmente ocultar, de manera física, sus intenciones delictivas, pues le propinó el disparo fatal a su pareja por la espalda, y cuando no podía ver a su agresor, debido a la falta de luz, en el lugar de cometidos los hechos; por lo que, nuevamente, debemos ratificar que la supuesta violación que propugna el recurrente del artículo 459 del Código Penal, no existe, debiendo también declarar este cargo realizado en contra de la sentencia de instancia, improcedente. 4.2.4 Por último, con respecto al cargo de violación del artículo 29.6.7 del Código Penal, que menciona el recurrente en su fundamentación, debemos indicar que en este caso no se han concedido atenuantes al procesado, en virtud de que han existido dos circunstancias agravantes constitutivas de infracción en su actuar (artículo 450.1.5), y dado que el artículo 450 del Código Penal dispone que para configurar el tipo penal de asesinato basta que se presente "(...) alguna de las circunstancias (...)" contempladas por dicha norma, si existen más, "(...) una de ellas opera como constitutiva y las demás, como agravantes [genéricas], si están expresamente consideradas como tales en el artículo 30 del Código Penal (...)"¹¹, y dado que en este caso ambas están incluidas en la precitada norma, opera lo dispuesto por el artículo 72 *ejusdem*, esto es, que al existir una circunstancia agravante, no constitutiva ni modificatoria de infracción, es imposible reducir la pena impuesta al sentenciado, mediante la concesión de atenuantes; por lo tanto, el cargo que ha propuesto el recurrente, en el presente caso, es improcedente para casar la sentencia recurrida. **RESOLUCIÓN.** Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal 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 artículo 349, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Víctor Fabián Tercero Chuseté. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y cúmplase.**

f.) Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Aída Palacios Coronel y Dr. Edgar Flores Mier, Jueces Corte Nacional.

X

Expediente: 131-2011

Juicio penal por el delito de homicidio inintencional propuesto por María Isabel Calderón Mora en contra de Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla.

SÍNTESIS:

En lo referente al procesado y recurrente profesor Guillermo Sánchez Arévalo, el Juzgador de instancia en sus considerandos expositivo y declarativo de la resolución, analiza todas las argumentaciones expuestas en la controversia, sancionando al procesado Guillermo Sánchez Arévalo, por el delito de homicidio inintencional, tipificado en el Art. 459 y sancionado en el Art. 460 del Código Penal, con lo que este Tribunal. La Sala Penal de la Corte Nacional discrepa, ya que analizando el caso en concreto encontramos que si existe la materialidad de la infracción, que es la muerte del adolescente NN, (edad-12 años), pero, la conducta del procesado, no se encuadra en el delito que se le imputa, que es el homicidio inintencional, ya que su actuar no fue culposo, no está enmarcado en los elementos de tipo penal, pues él actuó con precaución y con el debido cuidado, al llevar a sus alumnos al sitio donde se produjeron los hechos, acompañado por cuatro padres de familia y haciéndoles conocer los cuidados que debían tener en el recorrido, haciendo que caminen uno tras otro, en la conocida "fila india", por el sendero y que no debían apartarse de él. Establecida la existencia material del delito, esto es la lamentable muerte del adolescente NN, no puede atribuirse al profesor Sánchez, ninguna actuación negligente, ya que no existe delito culposo, ni responsabilidad consciente y voluntaria del recurrente, en el cometimiento del hecho, existiendo errónea aplicación del art. 459, del Código Penal, ya que la muerte es producto del infortunio, de la fatalidad y del riesgo que asumió la víctima al salirse del camino señalado, desatendiendo los niveles de cuidado impartidos por el referido procesado; criterio que comparte este Tribunal, ya que el desenlace del fallecimiento de NN, no fue provocado por la conducta descuidada, negligente o imperita, ni objetivamente evitable que ejercía el profesor Sánchez, ya que el lugar, es un sitio turístico, visitado por muchas personas, pues acudir al mismo ya implicaba por sí mismo un riesgo permitido, por lo que la acción desplegada por el acusado no incrementó dicho riesgo, si bien es

¹¹ Zavala Baquerizo, Jorge. Delitos Contra las Personas, Tomo II. Editorial Edino. Guayaquil, Ecuador. 1997. Pág. 26.

cierto el día de los hechos el profesor llevó a sus alumnos a una travesía curricular, al sector denominado El Chorro, fue para realizar un aprendizaje ecológico, que no es un lugar inhóspito, o que estuviera prohibida su visita, por ello no infringió la ley, ni tampoco desplegó una acción típica y antijurídica relevante para el derecho penal. La “Teoría de la Imputación Objetiva”, señala que todas las actividades humanas implican riesgos, denominados riesgos permitidos o aprobados, considerando esta teoría de la previsibilidad, el deber de cuidado y hasta el deber de autoprotección combinada con el riesgo permitido; que asumió el adolescente víctima de un infortunio, ya que estos riesgos no implican delitos culposos, porque en el caso concreto, la visita al sitio denominado El Chorro, está dentro de estos riesgos permitidos y el profesor Guillermo Sánchez Arévalo, cumplió con el deber de cuidado, que lo compartió con varios padres de familia, que también lo acompañaban para el control y vigilancia de todos los alumnos, impartiendo las respectivas indicaciones y señalando las precauciones que debían tomar todos los alumnos entre ellos NN, quien no debía salirse del sendero señalizado y que tenía que caminar uno tras otro, pero se debe considerar que este deber objetivo de cuidado, no es ni puede ser ilimitado, pues por otro lado está el deber de autoprotección de la víctima, quien lastimosamente no cumplió, desatendiendo las instrucciones impartidas, pues no se trataba de un niño pequeño, era un jovencito de doce años, que de acuerdo a su edad y educación impartida, está en capacidad de razonar sobre el peligro al que se enfrenta. La doctrina señala, que los elementos que deben concurrir al deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido y el incremento de ese riesgo, como aconteció en este caso, cuando la víctima al salirse del sendero, por su propia voluntad y en la búsqueda de nuevas y riesgosas experiencias se puso en peligro, es decir violentó su deber de autoprotección; al haberlo hecho sin avisar al profesor, a los padres de familia o a sus compañeros, personalmente incrementó su riesgo, quizás para ampliar intencionalmente su aventura, aumentando el peligro, desatendiendo sus propios y naturales deberes de cuidado y autoprotección, por ello que equivocadamente se busca responsabilizar a través de las concausas, lo que no es aplicable en delitos culposos, pues el desvalor de la acción se debe analizar respecto de la acción misma, la que produce el resultado y éste lamentablemente lo produjo la víctima. En el voto concurrente, se analiza que en el desarrollo psicológico de una persona, cuestión abordada específicamente por la psicología del desarrollo, se estima que los doce años de edad son la entrada a la adolescencia, lo cual inclusive ha sido tomado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 4, para determinar el inicio de esta etapa de la vida de un ser humano. En el inicio de esta fase, ha establecido el psicólogo David Elkind, que el adolescente tiene dos rasgos que le son sumamente característicos: La Audiencia Imaginaria y La Fábula Personal. Es esta ca-

racterística propia de la edad de la persona, la que hace que las consecuencias de sus actuaciones solo puedan ser entendidas por experimentación; por ejemplo, si una actividad resulta peligrosa y le es comentado al adolescente que varias personas han terminado lesionándose al realizarla, pensará que eso es algo que les pasó a los demás, pero que no le pasará a él, si tiene firme convicción en ello. Aterrizando estos dos supuestos en el caso concreto, se puede ver que esta forma de pensar del adolescente hace imposible que pueda medir el riesgo de sus actividades, en primer lugar, porque es propio de su edad el creer que nada malo le va a ocurrir, y en segundo lugar, porque inclusive aunque algo malo le llegara a pasar, al sentirse en un constante estado de vigilancia, devenido de su creencia en la audiencia imaginaria, piensa que siempre va a existir alguien que lo ayude. Todo esto, simplemente le lleva a reafirmar su posición de incapacidad de aceptar la “competencia de la víctima”, como un medio para determinar la falta de culpabilidad del procesado, desde el punto de vista dogmático, ya que en éste caso la víctima, era incapaz de dimensionar los resultados de su actuar. La Sala casa el fallo y ratifica el estado de inocencia del imputado.

FALLO DEL TRIBUNAL

Jueza Ponente: Dra. Sonia Cárdenas.

SEGUNDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 7 de febrero del 2012. Las 10h00.

VISTOS: Una vez que los ciudadanos GUILLERMO LAUTARO SÁNCHEZ ARÉVALO, MÓNICA CATALINA RIVAS CALLE, Y ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA, fueron llamados a juicio como presuntos autores responsables del delito de homicidio inintencional, tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado en el artículo 460 ibídem, constando como víctima el menor de edad NN. Los sujetos procesales expusieron conforme consta registrado en las grabaciones magnetofónicas que forman parte del expediente. En lo medular; el señor Agente Fiscal doctor Mateo Ríos Cordero, manifestó lo siguiente: el día once de febrero del dos mil once un grupo de alumnos menores de edad de la Escuela Espíritu de Sabiduría de la ciudad de Cuenca, bajo la responsabilidad de su maestro Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, hicieron algunas visitas en lugares pertenecientes al cantón Girón de la provincia del Azuay: al Portete de Tarqui, a la Casa de los Tratados, y finalmente al Chorro. En este último lugar visitaron la primera cascada luego ascendieron a la segunda cascada y al bajar el alumno NN cae en precipitación desde el inicio de la primera cascada, desde una altura aproximadamente de ciento diez metros, a consecuencia de lo cual fallece. Que estas visitas emprendidas por el acusado Lauro Sánchez Arévalo, no contaban con el permiso de la Dirección de Educación, como era obligatorio. El sector del Chorro es propiedad de la Municipalidad de Girón, y constituye un sector turístico administrado por la empresa Allpacamac Tours, cuya Gerente es la acusada

Mónica Rivas Calle, mientras que el acusado Andrés David Gómez Pulla (sic). Estos dos acusados, estando presentes al momento de la llegada de los niños, del maestro y de otros adultos que conformaban el grupo, teniendo la obligación de proporcionar información, sobre los peligros que entrañan la montaña y las cascadas que en ella se encontraban, omiten hacerlo. Ese mismo día coincidieron en el lugar otras visitas incluido un grupo de niños de la escuela Hernán Cordero, quienes sí fueron informados por los acusados a cargo de Allpacamac Tours, e incluso prevenidos del mal temporal existente y por ello estas personas decidieron no acceder a la montaña. Que Allpacamac Tours tenía vigente un convenio con la Municipalidad de Girón, que contempla, la obligación de la primera de proporcionar a los visitantes la información necesaria, servicio de guías y así como la señalización necesaria para garantizar su seguridad. Solicita se reciban los testimonios de las personas nominadas oportunamente presenta como prueba documental la siguiente. El expediente investigativo del Ministerio de Educación, realizado por la Coordinación de Educación Zona 6 sobre estos hechos en el ámbito administrativo, que concluye: que en el proyecto educativo institucional de la escuela Espíritu de Sabiduría, no consta la programación de paseos, excursiones, giras, visitas de observación y otros que oferte el plantel. Desprendiéndose que estas actividades se improvisan. En el plan operativo anual en el que deben constar las actividades curriculares y extracurriculares no consta la actividad motivo de la investigación. Dentro del cronograma de actividades 2010-2011, en el mes de febrero del dos mil once no consta la actividad realizada el 11 de febrero del 2011. Dentro del Plan curricular no se propone como actividad la visita al Portete y a Girón. No se ha presentado el Plan de excursión a la Dirección Provincial de Educación, de conformidad con el mandato contenido en el acuerdo ministerial 4292 del once de septiembre de mil novecientos noventa y siete. En este acuerdo, además, en el artículo 2 dispone que el profesor y sus acompañantes tienen la obligación de permanecer con los estudiantes durante toda la excursión y evitar colocarlos en situación de riesgo bajo ninguna circunstancia. La División de Planeamiento de Seguridad para el Desarrollo, (DISPLASE-DE) de la Dirección de Educación no otorgó permiso al Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, para realizar excursión, caminata, paseo, al sector El Chorro del Girón el once de febrero del dos mil once. Mediante circular 003 de fecha ocho de febrero del dos mil once, la División de Planeamiento de Seguridad para el Desarrollo prohibió a escuelas y colegios, paseos, excursiones y giras antes de las festividades de carnaval. **2.** El acuerdo Ministerial suscrito por la señora Ministra de Educación Gloria Vidal Illingworth de catorce de junio del dos mil once, por el cual y como consecuencia de estos hechos, sanciona a la Rectora del Plantel Espíritu de Sabiduría licenciada Ana Calderón, con la suspensión de noventa días y con la separación del plantel mencionado al profesor Lautaro Sánchez Arévalo. **3.** El plan de recursos naturales de la Microcuenca "El Chorro, y su área de influencia." **4.**

Recorte del Diario el Mercurio sobre un reportaje alusivo a este hecho. **5.** Parte Policial suscrito por el policía Kelvin Sango Bravo sobre el levantamiento del cadáver de quien en vida se llamó NN. **5. (sic)** Informe de autopsia practicada por el perito doctor Jaime Pacheco Solano. **6.** Ticket del Parador Turístico el Chorro, válido para la entrada. Contrato de arrendamiento entre el Municipio de Girón y la Compañía Allpacamac Tours de la Hostería El Chorro, obligándose Allpacamac Tours a mantener las rutas de la cascada y siendo parte del contrato la propuesta presentada por la Empresa mencionada, en ella consta que incluye el área natural de la Chorrera y el apoyo a la Conservación de la Microcuenca del Chorro, además de servicio de guías bilingües y señalización. Registro Oficial 143 de cuatro de marzo del dos mil diez, en el que consta el acuerdo del Ministerio del Medio Ambiente en el que se declara bosque y vegetación protector al área denominada El Chorro ubicado en el cantón Girón en una superficie total de cuatro mil ochocientos cuatro con veinte y cuatro hectáreas y en el artículo 2 señala que el plan de manejo será como una sola unidad de administración. **8. (sic)** Fotografías obtenidas de la cámara que llevaba consigo el occiso, en la que se lo observa en constante situación de riesgo, portando un machete y escalando un poste. **9.** Informe del reconocimiento del lugar de los hechos, practicado por los policías José Luis Rodríguez Gonzales, Ítalo Jiménez Gallegos y Luis Yumbillo Ortiz, llevado a cabo el diecisiete de marzo del dos mil once. **10.** Informe Técnico del reconocimiento de lugar suscrito por el policía Anderson Villareal, llevado a cabo el catorce de febrero del dos mil once. El doctor Ítalo Palacios Álvarez, defensor de la acusadora particular María Isabel Calderón Mora, presentó el caso en forma similar a lo expuesto por el señor Fiscal. Destacó que el recorrido que llevó a la muerte del único hijo de su patrocinada, tuvo una duración aproximada de una hora treinta minutos, durante el cual se produjo la caída desde la primera cascada. Se adhiere a los medios de prueba anunciados por el señor Fiscal. Presenta: fotografías del occiso, recortes de periódicos sobre el suceso y dos sentencias en las que se niega la acción de protección deducida por el acusado Guillermo Lautaro Sánchez, por la sanción administrativa de separación del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, a consecuencia de los hechos que ahora se juzgan penalmente. Documentos y facturas de los gastos en los que ha incurrido su patrocinada. El doctor Miguel Sarmiento Mora defensor del acusado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, manifestó en resumen lo siguiente: Que la muerte del niño conmueve, no puede ser de otra manera, empero no puede atribuirse a ninguna actuación negligente de su defendido, atribuyéndole un delito culposo porque no ha habido autorización de la Dirección de Educación, se debe al infortunio, a la fatalidad. Es preciso conocer que no se trató de un paseo, sino de una actividad académica. Su defendido es un destacado maestro con una trayectoria de treinta años de servicio en el magisterio, siempre cuidadoso. La salida se debió a una actividad curricular previamente planificada como visitas de aprendizaje, igual

que se venía desarrollando durante ocho años, siempre con niños. La visita del once de febrero en concreto al sector del Chorro fue para aprendizaje ecológico. No se trata de un lugar inhóspito, existe un sendero definido, protegido por vegetación, por donde el profesor condujo a sus alumnos mientras cumplía su misión. Se ha exhibido una cascada, pero el sendero no pasa por allí, necesariamente se tiene que desviar como siete metros para acceder a ella. En todas las actividades humanas existen riesgos, pero en este caso su defendido no lo aumentó, para hablar en términos de la teoría de la imputación objetiva. Existen como en este caso riesgos permitidos en la vida cotidiana, que a todos incluye. Estos riesgos no implican delitos culposos, no son creados por el acusado sino por la víctima. Lamenta la muerte de NN, el sufrimiento de su madre y familia, pero del otro lado también hay sufrimiento. Presentó como prueba documental: certificación de que su patrocinado presta servicios dentro del magisterio como profesor primario. El plan de observación didáctica, a cargo de su defendido en el que se detalla los sitios a visitar el once de febrero del dos mil once y en lo que respecta al Chorro, observación de la vertiente que luego desemboca en el Océano Pacífico. Oficio suscrito por el rector encargado del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, que da cuenta que la actividad de la fecha mencionada constituyó una actividad académica curricular, no se trató de un paseo o excursión, de aquellas contempladas en el acuerdo Ministerial 4292 y por lo tanto no requería de permiso de la Dirección de Educación. Comunicación de la presidenta de padres de familia del séptimo de básica del plantel, en el que consta que todos conocieron la comunicación de ocho de febrero con las indicaciones del recorrido a efectuarse el once de febrero y autorizaron la participación de sus representados. Autorizaciones individuales de los padres de familia. Plan Operativo Anual del Plantel. Certificación del tiempo de servicio del profesor Sánchez. Certificaciones de la conducta intachable del profesor; certificaciones de antecedentes penales. Tres fotografías del mismo lugar visitado en ocasiones anteriores por otros alumnos. El doctor Rodrigo Montesinos, defensor del acusado Andrés David Gómez Pulla, manifestó lo siguiente: la empresa Allpacamac es administradora del Chorro desde hace tres años, obligándose con el Municipio de Girón a prestar servicios de seguridad a los turistas, mediante señalización, senderización, guías. Tenían que contratar dos guías en turismo de montaña, pero no lo hicieron. Apenas cumplieron con la señalización y senderización. Su defendido no tiene la preparación de guía y no conoce de normas de seguridad turística. Fue contratado por Allpacamac Tours para limpieza, no obstante fue obligado a realizar otras tareas, hasta de venta de boletos. En la hostería siempre ha sido nula la seguridad turística. En la chorrera donde cae la primera cascada apenas se lee un letrero de no bañarse, resbaloso, no escalar. Su defendido tenía que repetir lo que ya dicen los letreros en la segunda cascada no se brinda ningún servicio de seguridad, pero si advertencias o servicios de guía. Su defendido no ha cometido una conducta negligente que

haya ocasionado la muerte de NN. presenta como prueba documental dos constancias de descargo de responsabilidad del parador turístico El Chorro, que se entregan a los turistas, certificado de la Dirección Regional del Austro del Ministerio de Turismo de que su defendido Andrés Gómez Pulla no se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Guías, ni ha obtenido licencia profesional de Guía de Turismo. El contrato de trabajo entre Allpacamac Tours y su patrocinado, en el que consta que se vinculó laboralmente como ayudante de servicios y guardián en el Parador Turístico El Chorro; la propuesta técnica para el arriendo y administración de la Hostería El Chorro; certificaciones de antecedentes penales y de honorabilidad. El doctor Nelson Pesantez Torres, defensor de la acusada Mónica Catalina Rivas Calle, manifestó: su defendida en calidad de Administradora de Allpacamac Tours es arrendataria del Parador Turístico El Chorro, encargada de proporcionar información in situ. No se señala con precisión el lugar del accidente pero en todo caso al parecer fue el segundo trayecto, no comprendido dentro de la administración de Allpacamac Tours. Solicita se reciban los testimonios anunciados con anterioridad. Presentó como prueba documental: el contrato de arriendo entre la empresa Allpacamac Tours representada por su patrocinada y la Municipalidad de Girón. La propuesta para la preservación ambiental y turística del área natural circundante a la Hostería El Chorro, que incluyen levantamiento planimétrico. Dos certificados del Registrador de la Propiedad del cantón Girón, de la inscripción de los predios de los propietarios riveroños del lecho de agua en donde se produjo el accidente, croquis del lugar, donde nada tiene que ver su defendida. Certificados de antecedentes penales. Establecidas las posiciones de las partes, testimoniaron las siguientes personas: 1. La acusadora particular y madre del occiso, María Isabel Calderón Mora, quien en lo principal manifestó: tres días antes al once de febrero del dos mil once, llegó la nota de la escuela en la que su hijo se educaba, comunicando que saldrían al Museo de Girón, para una visita de carácter histórico sobre la bandera. Se solicitaba autorización y cinco dólares para cubrir el pasaje y entrada al museo. Pero la autorización no fue concedida para llegar al Portete y menos aún al Chorro. Su madre fue la encargada de entregar el dinero al profesor Guillermo Sánchez. El día de los hechos su hijo se despidió en la mañana, pero en el transcurso del día no respondía a su teléfono celular. Aproximadamente a las seis de la tarde llegó la directora de la escuela, con muchos rodeos, pero finalmente le comunicó la noticia de la muerte de su hijo. Se dirigió al hospital y a las diez de la noche aproximadamente pudo ver el cadáver de su hijo. A las preguntas del señor Fiscal respondió: que investigó sobre los permisos para la salida, y se enteró que no se trataba de una actividad curricular, ni aún a la Casa de los Tratados y que no podía sin permiso. Por este hecho el Ministro de Educación sancionó a la directora del establecimiento con suspensión de tres meses y al profesor Sánchez con su separación. Sobre el itinerario, conoce que a la una de la tarde llevaron a los niños a la Chorrera, antes ya tuvieron un susto

porque en un momento se les perdieron unos niños. Que una profesora de otro establecimiento les dijo que no suban, que está resbaloso, había neblina, llovía, pero a pesar de ello el profesor les llevó por el sendero resbaloso. Su hijo no estaba adecuadamente vestido, ni llevaba los zapatos apropiados, había neblina, frío, permaneció más de dos horas con frío, asustado, maltratado. Por algunas versiones conoció que tres niños se retiraron a un lado para orinar, regresaron solo dos, pero nadie se fijó. Había tres adultos y quince niños y nadie tuvo precaución de averiguar quién de los niños faltaba. Su hijo en medio de la neblina, en un lugar sin señalización perdió la ruta y se cayó de una altura aproximada de ciento cincuenta metros. Por un chateo con María Fernanda Barros hermana de uno de los niños, conoció que se escucharon gritos y pensaron que se trataba de alguien de otro colegio, porque el profesor dijo que estaban completos. Su hijo fue entregado en una funda plástica, le entregaron sus cosas pero no le explicaron lo sucedido. María Fernanda tampoco le aclaró lo que había pasado, dijo que su hijo iba adelante, pero no se veía nada. Cuando regresaban María Fernanda dijo que asume que el niño estaba en los últimos lugares. Los acusados Mónica Rivas y Andrés David Pulla, no proporcionaron ninguna información, porque consideraron no ser necesario ya que el señor Sánchez ya había estado antes en el lugar en varias ocasiones. Las fotos que se le exhibe en donde está su hijo con un machete y escalando un poste, los obtuvo de su teléfono celular, había sacado fotos hasta las once de la mañana. Le llama la atención que NN un niño de doce años, haya estado portando un machete objeto peligroso y escalando, sin ninguna protección, lo que prueba que aún antes estuvo en constante peligro. Observando la foto de la cascada o caída de agua, señala que cree que desde esa altura se cayó su hijo, hacia la parte baja que se muestra en otra foto, sitio del cual fue recogido su cadáver. Conoció sobre la investigación emprendida por la Dirección de Educación, en donde se detectaron algunas irregularidades incluso anteriores en el Colegio Espíritu de Sabiduría, debido a faltas de cuidado. Al interrogatorio formulado por su patrocinador doctor Ítalo Palacios, respondió: presume que el camino hasta la segunda cascada es de dos o tres horas. Nunca le informaron que en el trayecto había que cruzar un río, eso lo conoció después y que los niños lo cruzaron tomados de la mano. No le entregaron la ropa de su hijo, ni le presentaron algún informe. Al defensor del acusado señor Sánchez respondió: si le ha encargado a la abuela de su hijo hacer gestiones en el colegio. Si conoció que irían con los niños a parte del profesor Diana Vera, Javier Ureña y María Fernanda Barros. Si ha recorrido el sendero a la primera cascada. No constató que el sendero tenga de dos a tres metros de ancho, ni que haya estado protegido con vegetación y cerramiento. Lo que existe es un llano hacia la primera cascada. No le han dado explicación sobre el origen del machete que portaba su hijo. Si fue escogido el Colegio Espíritu de Sabiduría, como buena opción para el desarrollo de su hijo. La Directora Isabel Calderón Riqueti es su prima hermana, pero antes de este suceso constató que en

ese colegio un niño fue agredido e incrustada una flauta en la espalda, prueba de que no tuvieron cuidado. Conoció las actividades del colegio, las curriculares, pero la salida no contaba como tal. Al doctor Rodrigo Montesinos, defensor del acusado Andrés David Gómez respondió: es verdad que lo que conoció por declaraciones posteriores y las investigaciones. Al doctor Nelson Pesántez, defensor de la acusada Mónica Rivas, respondió: cree que la caída de su hijo fue bajando desde la segunda cascada. **2.** Testimonio de Sheila Verence Abril Mogrovejo, de doce años de edad, quien manifestó: que el once de febrero del dos mil once, salieron de Cuenca desde la escuela con el profesor Guillermito, en una buseta, llegaron al Portete, luego, a la casa de los Tratados, luego al Chorro, en donde el profesor les dio indicaciones, fueron al primer chorro, luego al segundo chorro, en donde Guillermito les explicó sobre las plantas. Luego bajaron, Guillermito delante y Wilmer Ureña atrás, les ayudaron a cruzar un riachuelo. Cuando llegaron a la parte más baja, ya no estaba NN. Antes de subir Guillermito les dio indicaciones, otras personas no. No les dieron tickets. No recuerda cuáles fueron las indicaciones estando en la segunda cascada, pero no resultó cansado llegar allá. El día era normal. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez, respondió: que los otros adultos que les acompañaron fueron: Fernanda, Diana y Javier. Ellos eran padres de familia y les acompañaban para el cuidado. El camino no era peligroso, no estaba cerca del precipicio. Había poca agua en el arroyo, por debajo de las rodillas. En el sendero sí había vegetación a los lados. No escalaron ningún muro. El sendero no estaba muy cerca del chorro. Las niñas caminaban delante con el profesor y las dos señoras. El sendero es normal, no es para perderse. Guillermito dijo antes de la primera cascada, que no deben correr ni empujarse, preguntar en caso de duda. En las tres visitas que hicieron el profesor les dio explicaciones. No recuerda con qué tiempo de anticipación fueron comunicados los padres sobre la salida, pero los suyos sí dieron autorización. Al defensor del acusado Andrés David Gómez respondió: no hubo ningún otro accidente. Al defensor de la acusada Mónica Rivas, respondió: no sabe dónde ocurrió el accidente del niño. **2.** Mishel Fernanda Castro Córdova de doce años de edad, quien al interrogatorio del señor Fiscal manifestó: en el Chorro sí les dieron información unos señores, sobre los caminos, fue una señora. No se acuerda sobre tickets. Al inicio fueron a una primera cascada por un sendero que tenían letreros, que indicaban la profundidad de la cascada. A la segunda cascada no se acuerda por dónde fueron, no se fijó si habían letreros, no se acuerda cuánto caminaron a la segunda cascada. El día era normal, no había neblina. Cuando bajaron, no lo hizo con sus compañeros Juan Parra, ni con NN. Detrás caminaba Guillermito y delante Wilmer. Cruzaron el riachuelo primero las mujeres. No sabe si NN el se fue a orinar, eso le comentó Juan Parra. Al defensor de la acusadora particular respondió: su ropa no estaba tan mojada. Al bajar cruzaron un riachuelo y el agua le daba más abajo de las rodillas. No puede explicar el ancho del camino a la segunda cascada,

pero debieron caminar uno detrás de otro, observó a los costados plantas y árboles. No había ningún muro, pero se dieron las manos para caminar, era solo una lomita, que no sabe cuánto tenía de altura. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: sí conocieron con anticipación sobre la salida y dieron la cuota. Antes de salir, en el colegio les dieron las indicaciones, la Directora, Guillermito y el psicólogo, decían que estén tranquilos, que no debe correr, no alejarse. Si fueron tres padres de familia y con Guillermito sumaron cuatro adultos. Durante las distintas paradas recibieron explicaciones. En el Chorro les dieron nuevas explicaciones Guillermito y los adultos, que no deben correr, no empujarse. El sendero a la segunda cascada no era peligroso, no estaba cerca del precipicio. No había para perderse si se seguía el sendero. No tuvo dificultad para caminar, calzaba zapatos deportivos. No escalaron ninguna pared. El riachuelo tenía poco agua, cruzaron cogidos de las manos para no mojarse. No recuerda desde dónde observaron la caída del agua de la cascada. Siempre estuvieron protegidos por los adultos. Al defensor de la acusada Mónica Rivas, respondió: no sabe dónde se habría accidentado NN. **3.** Andrea Estefanía Cabrera Bermeo, de trece años de edad, examinada por el señor Fiscal manifestó: llegaron todos juntos al Chorro, allí no les dieron información. Había carteles, un sendero bien delimitado hacia la primera cascada. Subieron a la segunda cascada, pero no había señalización, no se acuerda el tiempo que caminaron. Todos caminaron juntos, pero ella iba adelante y no estaba con NN. Al bajar ella caminó en la mitad y no sabe dónde estaba NN. Había un riachuelo, pero al observar una de las fotografías presentadas por el acusado Guillermo Sánchez, no recuerda las imágenes. Sí había mucho lodo en el camino. Al defensor de la acusadora particular respondió: se ayudaban entre todos. El camino a la segunda cascada era angosto. No sabe el tiempo que caminaron. No recuerda una quebrada por el lodo, no se cayó nadie, solo resbalaron. No había piedras resbalosas. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: para salir sus padres sí autorizaron, fueron a aprender sociales y ciencias, recibieron indicaciones en la escuela, acompañaron tres adultos padres de familia. Guillermito sí les dio explicaciones en el Chorro. El primer sendero no era peligroso, tenía vegetación a los lados. No recorrieron ningún precipicio. No se acuerda si el arroyo estuvo crecido. Observando la fotografía del arroyo en el que están otros niños, dice que en verdad se trata del mismo arroyo al que se ha referido. No se acercaron donde inicia la caída de agua. No sabe la distancia entre el sendero y la caída de agua. El sendero no es para perderse, es definido y a los costados existe vegetación. Al defensor del acusado Andrés David Gómez, respondió: sí se resbalaba por el lodo, no se habría caído al precipicio, solo al suelo. **4.** Luis Miguel Elizalde Regalado, manifestó: que el día de los hechos, su compañero NN cogió un machete que estaba en el llano en el Portete de Tarquí, en donde habían estado limpiando, Guillermito le ordenó que lo deje. Antes de subir a la primera cascada les dieron indicaciones Guillermito y la dueña de allí, de no acercarse al agua,

no meterse. Había gradas e indicaciones. Al subir a la segunda cascada les tomó alrededor de hora y media, era cansado. Todos caminaron en grupo. Adelante Fernando, Diana atrás, al último Guillermito. NN estaba detrás del deponente. Los hombres delante. Observando la fotografía que se dice corresponder al arroyo, manifiesta que no recuerda si pasaron por ese lugar. Luego bajaron de la segunda cascada, no escucharon la ambulancia, e hicieron falta a NN, Guillermito subió a buscarlo. Al defensor de la acusadora particular respondió: que más atrás del riachuelo le vio por última vez a NN. No escalaron ninguna montaña, había piedras grandes en el riachuelo. No miró el recorrido del mismo. Abajo una señora preguntó si faltaba alguien e hicieron falta a NN. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: sobre el viaje sí conocieron los padres de familia y autorizaron. Sí recibieron indicaciones, de ir por los senderos, tranquilos, no alejarse del grupo. En Tarquí Guillermito sí les dio explicaciones, también que desde el mirador se podía ver el mar. Había padres de familia que también les cuidaban. En el Chorro Guillermito sí les explicó que iba a dar al mar. No hubo peligro en el trayecto, no fue peligroso cruzar el arroyo. El camino tenía palos para no irse a otro lado, había vegetación. En el trayecto no había precipicios. El sendero no está cerca del inicio del Chorro, hay que salir del camino para ir allá. Al defensor del acusado Andrés David Gómez, respondió: En la segunda cascada había una laguna en la que solo chapotearon, el agua les daba más debajo de las rodillas. **5.** Daniela Fernanda Serrano Vera, declaró en forma similar a como lo hicieron los otros testigos menores de edad, mereciendo destacarse que no recuerda en qué orden caminaron a las cascadas. No sabe dónde habría estado NN. Su madre Diana Vera fue con ellos. **6.** Talía del Cisne Ureña Rivas, de la misma manera en lo principal, su testimonio es similar a lo referido por los menores de edad, sus compañeros en la escuela Espíritu de Sabiduría. Merece ser destacado, que manifestó a la salida no fueron de paseo sino de visita y Guillermito les dio clases. **6.** Wilmer Javier Ureña Rivas, de diecisiete años de edad, manifestó: que acompañó en el recorrido al profesor Sánchez y al grupo de niños entre los que estaba su hermana Talía Ureña. Llegaron al Chorro, el profesor Sánchez dio instrucciones y pagó las entradas. El deponente subió adelante recomendando a los niños, que no corran y que no se empujen. El profesor dio clases en el primer chorro, luego de lo cual bajaron a servirse los alimentos. Luego Guillermito dispuso subir a la segunda cascada, el deponente tomó la delantera, las señoras en la mitad y el profesor al último, caminaron por otro sendero hacia la segunda cascada, en donde el profesor impartió otra clase. De regreso, casi al llegar al punto de partida, los bomberos preguntaron si no faltaba alguien del grupo, no estaba NN. Al momento de llegar al Chorro, estaba algo nublado, pero con visibilidad. En las fotografías exhibidas por el señor Fiscal, reconoce el camino a la primera cascada, y el camino a la segunda cascada que no tenía señalización. Ningún personero del Chorro les dio indicaciones. Llegar a la segunda cascada les tomó

aproximadamente una hora y cuarto. Al bajar de la segunda cascada los adultos iban alternándose en sus posiciones. No recuerda si de bajada venía NN en el grupo. En el trayecto había un riachuelo. De bajada de la segunda cascada, escuchó la ambulancia. No sabe qué pasó con NN, no lo vio. Respondiendo al defensor de la acusadora particular, manifestó: que no recuerda si de bajada, NN cruzó el riachuelo. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez, respondió: el camino a la segunda cascada no es riesgoso, cuenta con protección como es la vegetación y no está cerca de precipicio. El Riachuelo también es peligroso para los niños, no estuvo crecido. El camino a la segunda cascada es visible totalmente. No conoce si el arroyo que cruzaron es el inicio de la caída del primer chorro. No se acercaron a la precipitación del agua. No observó la distancia que habría entre el sendero y la precipitación del primer chorro, pero el ruido se oía más o menos a veinte metros. Para ir a la caída se debía dejar el camino. En ningún momento hubo peligro. Respondiendo al defensor del acusado Andrés David Gómez, señaló; que antes del suceso ha visitado la primera cascada, pero no la segunda. Los caminos para una y otra son distintos. **7.** Jaime Alberto Pacheco Solano, dice ser médico, a quien se le designó para la práctica de la diligencia de autopsia médico legal, al menor de edad que en vida se llamó NN de once años de edad, cuyo informe presentó por el señor Fiscal es de su autoría. La causa de la muerte es consecuencia de politraumatismos, hemorragia aguda, destrucción de centros vitales. Los múltiples signos de violencia, son de aquellos que se ocasionan en un suceso tipo precipitación física, que significa haber caído de una altura superior a la estatura de la persona. No encontró agua en los pulmones. **8.** El policía Anderson Edgar Villareal Puente, quien dijo haber intervenido como perito en la práctica del reconocimiento del lugar de los hechos, el catorce de febrero del dos mil once, habiendo emitido un informe que es el mismo que le presentó el señor fiscal, en el que constan varias fotografías del lugar. Partiendo del parador turístico El Chorro al ingreso observó dos letreros preventivos. Caminando quince minutos se encuentra la cascada el chorro, de ciento diez metros de altura, para cuyo ingreso existe un puente de madera, al costado derecho un letrero que alerta de la superficie resbalosa. Debajo del puente le indicó el guía del parador turístico, que se había encontrado el cadáver. El día de la diligencia llovía fuertemente. Conociendo que en esa época el temporal es malo. Al interrogatorio del defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: conoce que se practicó otro reconocimiento, el de su autoría es en la parte baja en la primera cascada en el remanso de agua, no subió a la segunda cascada. No midió la altura de la cascada, solo hizo un cálculo. **9.** Policía Ítalo Alejandro Jiménez Gallagos quien manifestó haber intervenido como perito, en otro reconocimiento de lugar, cuyo informe es el número 289-2011 presentado por el señor Fiscal, reconoció que es de su autoría y de otros policías. La diligencia se realizó el veintitrés de marzo del dos mil once, en presencia del fiscal y de los abogados de las partes, adjuntó ilustraciones fotográficas.

Se observó una escena abierta en el cantón Girón sector de las chorreras. En la parte baja se ubica el inmueble donde funciona la empresa Allpacamac Tours, encargada de administrar el lugar. El acceso a la parte baja de la primera chorrera es un camino adecuado con gradería de tabla, a los costados postes de madera incrustados sobre el piso, que sirven de protección, en el trayecto existen varios letreros con advertencias de los peligros. Para acceder a la parte alta de la primera chorrera y a la segunda chorrera, se toma otro camino, a la altura del kilómetro cuatro de la vía Girón-El Chorro, y a doscientos metros de distancia de la entrada principal hacia el área que administra Allpacamac. En el trayecto a cien metros de distancia desde la vía principal, se observó sobre un árbol un pedazo de tela de color morado, no se observaron otras señales ni letreros que adviertan sobre los peligros. En la parte de acceso a la parte alta de la primera chorrera, es pendiente, pedregoso, con presencia de agua y lodo. Existe una distancia aproximada de un metro hacia el vacío. En el trayecto debe cruzarse un río para continuar hacia la segunda chorrera. Por donde cruza el camino hacia la segunda chorrera, a la altura de la primera chorrera en su parte superior, hay como diez metros de distancia. Existe un camino fuera del sendero que conduce al filo de la peña. Que había sectores por donde se podía caer, si no se conoce el lugar. Las fotos sacó pero con temor por el peligro existente. Cuando transitaban hacia la segunda cascada se cayeron. Había mucha vegetación y neblina. En la primera parte observada, no había problema para que puedan transitar niños. A las preguntas del defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: en el segundo trayecto, el sendero era medio amplio y tenía vegetación a los lados. El sendero mismo no recorre por precipicios que pongan en riesgo la vida. El arroyo que cruzaron no tenía mucha agua, les daba más debajo de la rodilla. No se necesitó de cuerdas, zapatos especiales o equipo especial para hacer el recorrido. No se tomaron de las manos para cruzar el arroyo. No había riesgo para los transeúntes. Entre el sendero y la parte alta de la primera cascada donde se inicia la misma, calcula una distancia de diez a veinte metros de distancia, no midió por temor a llegar al filo que es peligroso. Existe un pequeño camino fuera del sendero hasta el filo de la cascada. Sí existió neblina y escasa visibilidad. **10.** Policía Julio César Zaruma, quien manifestó: ser el autor del informe del reconocimiento del lugar 687-2011 de fecha diez de agosto del dos mil once, presentado por el señor Fiscal por haber sido designado legalmente en calidad de perito. Las observaciones fueron del camino de herradura que conduce a la segunda cascada, a donde se llega pasando por una quebrada de seis metros de ancho, tomando como referencia el inicio de la caída de agua de la segunda chorrera. La quebrada con pocas piedras, de caudal manso, siguiendo el camino a treinta metros más o menos observó un estanque construido con piedras, cincuenta metros más arriba observó piedras de diverso tamaño, hasta muy grandes. Este lugar no es de fácil accesibilidad por la quebrada y la vegetación de los costados que es muy tupida. No observó letreros de información desde el

inicio del recorrido que hizo, desde la vía Girón-El Chorro. Al finalizar la vía Girón el Chorro, se accede al parador turístico El Chorro, desde donde recorrió una vía de segundo orden, gradas de madera con pasamanos que llevan a un puente de madera que da acceso a la desembocadura de la segunda cascada, que forma un caudal. En lugar preciso de inicio del chorro, no existe ningún obstáculo ni lugar preciso de inicio del chorro, no existe ningún obstáculo ni señales. Hizo fotografías de la parte más alta hasta el alcance de la cámara, con bastante riesgo. Las fotografías que le exhibe el señor Fiscal presentadas por el defensor del Guillermo Sánchez, en donde se capta un grupo de niños jugando en el agua, señala que corresponden al remanso que observó. Al defensor de la acusadora particular respondió: no hizo el trayecto a la segunda cascada, el trayecto es pedregoso. Al defensor del acusado Sánchez respondió: sus observaciones sí incluyen la parte alta de la cascada. El sendero es irregular. Para llegar a la primera cascada sí existe un riachuelo y constituye el caudal de caída de la primera chorrera. El cruce del arroyo no es peligroso. Del sendero a la caída del arroyo calcula aproximadamente veinticinco metros, pero el sendero no conduce a ese punto, hay que desviarse y no existe un camino trazado, pero se puede llegar. El riachuelo tenía agua como de veinticinco centímetros de altura. Al defensor de Andrés David Gómez, respondió que el recorrido no lo hizo con equipo especial, como arnés, etc. **11.** Edgar Alberto Aguirre Tirado, quien manifestó: que fue administrador del parador Turístico El Chorro, con anterioridad a Allpacamac Tours, en convenio con el Municipio de Girón. En ese entonces se daba servicios a los turistas, charlas sobre seguridad y acompañamiento y colocó letreros informativos en los recorridos a las chorreras, pero ahora falta mucho. El día anterior a los hechos, había un grupo de turistas que debían hacer la visita con su colaborador, pero con las condiciones climáticas adversas, se desistió, ya que tenía información que no se podía ir a la segunda cascada, porque el riachuelo no estaban en condiciones de cruzarlo. Al interrogatorio del defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: Que su administración del Parador Turístico el Chorro fue hace cinco años. En la ruta de la parte alta sí suelen transitar adultos y niños. Luego de observar las fotografías del grupo de niños en un lecho de agua, señala que se trata del arroyo que se debe cruzar en la ruta a las cascadas, pero que a veces crece y se lleva puentes. Desde el sendero hacia el nacimiento de la cascada existen aproximadamente tres o cuatro metros de distancia. Al defensor del acusado Andrés David Gómez, respondió que sí es guía turístico titulado, pero no en la Universidad, sino que antes se tomaba en cuenta la experiencia. Que antes no se había registrado un accidente como el de este caso. La segunda vía a la chorrera sí es un camino público, su recorrido ahora no se paga, pero hace un año y medio sí. Que sí se requiere servicio de guías. Que el día anterior estaba lloviendo y por eso sus turistas no pudieron pasar. Al defensor de la acusada Mónica Rivas, respondió: que es propietario de un restaurante que queda junto al parador turístico, que se llama

Yanasacha. Que administró el parador turístico de las chorreras desde el año mil novecientos noventa y nueve, durante siete años. Que existen varias cascadas, la primera debe tener una altura de ciento veintisiete metros. Que su arriendo comprendía las cascadas primera y segunda. No conoce el resultado de la auditoría de su administración. **12.** Olga Bravo Vidal de setenta y un años de edad, quien manifestó: que el once de febrero del dos mil once, estuvo en el sitio las Chorreras, junto con una familia con niños. Visitaron la primera cascada. Previamente pagaron por el recorrido, pero no recibieron ninguna información, ni fueron acompañados por algún guía. El clima era lluvioso, había neblina, había peligro para ella y los niños, debieron subir con cuidado. Esto fue más o menos, de dos a dos y treinta de la tarde. No recorrieron ningún sector. Al defensor de la acusadora particular, respondió: que es verdad que en su versión mencionó el desprendimiento a alguna parte del sendero, pero no fue mucho. Observó la presencia de niños de escuelas. A las preguntas del defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: que la deponente es de la tercera edad y subió junto a una menor de catorce años, con mucho cuidado. Cuando llegaron a observar la primera cascada estaban solos. **13.** Ruth Beatriz Rosales Brito, quien, manifestó: Que es profesora, que tiene a cargo las actividades de turismo de las escuelas. El once de febrero del dos mil once visitó El Chorro con un grupo de alumnos de la Escuela Hernán Cordero de la ciudad de Cuenca. Todos los años como parte de la formación de los alumnos, suele hacer visitas al Portete, al Museo de los Tratados y al Chorro. El día mencionado se encontró por varias ocasiones con Guillermo Sánchez quien se encontraba haciendo el mismo recorrido, con un grupo de alumnos. El clima en el Chorro es impredecible, y ese día estaba bastante llovido. Al llegar fue atendida por la señora Mónica Rivas, quien le dijo que el día anterior había llovido bastante. Hizo con sus alumnas una visita corta, haciendo la observación a una distancia prudencial y regresaron al parador. No conoce la segunda cascada. No todas las veces que ha llegado ha estado lluvioso, pero el día del accidente sí lo estaba. Las salidas con los alumnos, son coordinadas con el Ministerio de Turismo. A las preguntas del defensor del acusado Guillermo Gómez, respondió: la visita del día once de febrero, fue totalmente curricular y académica, no requería permiso del Ministerio de Educación, además que dependen del Ministerio de Turismo. Al interrogatorio del defensor del procesado Andrés David Gómez, respondió: la visita al chorro, casi siempre se limita a llegar al mirador para observar la caída del agua. **14.** Mónica Yolanda Pedroza Maxi, dijo: Que fue veedora dentro de la investigación que por este suceso, emprendió la Dirección de Educación del Azuay. La comisión encargada solicitó documentación al Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, entre ella el informe sobre las actividades curriculares del año lectivo dos mil diez, dos mil once, verificando que el día once de febrero del dos mil once, no constaba ninguna actividad curricular. Se remitió un informe al Ministerio de Educación y la señora Ministra sancionó al

profesor Guillermo Sánchez con la separación del plantel y con suspensión a la señora Rectora del mismo. La salida efectuada con los alumnos el día once de febrero tampoco contaba como actividad extracurricular en cuyo caso debió obtenerse el permiso de la Dirección de Educación, sin el cual no podía movilizarse. La autorización de los padres de familia, no sufre la autorización oficial que se debió obtener. Es más, el ocho de febrero del dos mil once se había prohibido cualquier gira, paseo, etc., por estar próxima la festividad de carnaval. Al interrogatorio del defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: Por los diálogos mantenidos con el profesor y padres de familia, conoció que el día de los hechos fue lluvioso y que habían acudido alumnos de otras escuelas. **15.** Patricio Aurelio Pesántez Luzuriaga quien manifestó: que trabaja en la Dirección de Educación en la División de Planeamiento para el Desarrollo. Fue parte integrante de la Comisión investigadora del hecho que produjo el fallecimiento del niño NN. Su dependencia es la encargada de otorgar permisos para la salida de los alumnos, pero el Centro Educativo Espíritu de Sabiduría no lo obtuvo. Había prohibición expresa de salida de los alumnos, desde antes del carnaval, según el oficio emitido el ocho de febrero del dos mil once. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: el acuerdo ministerial 4292 prohíbe giras y paseos, pero no prohíbe actividades extracurriculares. **15.** Diana Rosario Vera Maldonado, dijo: El día de los hechos acompañó a su hija Diana Serrano Vera. Cuando fueron a la segunda cascada había una lluvia intermitente y un poco de neblina, un riachuelo que no representaba peligro alguno; el trayecto demoró aproximadamente una hora y cuarto. Al bajar los adultos se alternaban en las posiciones entre los niños, no les ayudaron físicamente pero le vigilaban. Cuando estaban de vuelta en la parte baja, dijeron que algo pasaba. Al defensor del acusado respondió: su hija es alumna de la escuela Espíritu de Sabiduría desde hace dos años, depositó su confianza en el Plantel y nunca antes ha conocido de algún problema. El sendero recorrido no era peligroso, estaba protegido por la vegetación a ambos lados. No tuvo ningún temor. El arroyo no representó ningún peligro el agua no llegaba a la canilla. No atravesaron ningún abismo, el camino es bien definido, no es para perderse. La caída del agua está fuera del sendero. Todo el tiempo los adultos y especialmente el profesor, dieron indicaciones y consejos de seguridad. **16.** Ana Isabel Calderón Riqueti, manifestó ser rectora del establecimiento educativo Espíritu de Sabiduría. Que las visitas realizadas el once de enero del dos mil once, constituyen actividades curriculares y por lo tanto no sujetas al permiso de la Dirección de Educación, no se trata de un paseo o gira, por ello autorizó las visitas, a cargo del profesor Guillermo Sánchez, previo el permiso de los padres de familia. Cuando se enteró de lo ocurrido con el alumno NN, se encargó de comunicar a su madre. Al defensor de la acusadora particular respondió: que dio la autorización porque no se trataba de ningún paseo, excursión o gira, para lo cual sí se requiere autorización. La prohibición que emitió antes del carnaval la Dirección de Educación se

daba todos los años, pero aplicaba para actividades curriculares como las visitas previamente programadas con un mes de anticipación. Había un seguro estudiantil por cinco mil dólares que fue pagado con dos cheques. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez respondió: que las visitas al cantón Girón se venían realizando desde hace nueve años, con la guía del profesor Sánchez sin que haya existido ningún problema. Por la responsabilidad y cuidados extremos que tenía. Por la relación de parentesco. El plan general que ha analizado la Dirección de Educación, no debe contemplar las actividades en detalle, que constan en otros libros de trabajo. **17.** Policía Kelvin Genaro Sanango Bravo. Manifestó: que acudió al llamado de auxilio en el sector El Chorro y observó a los bomberos aprestándose a llevar un cadáver, tomó contacto con el profesor que había estado buscando a la criatura y verificó que se trataba de su alumno. Presentados por el acusado Guillermo Sánchez rindieron testimonios: 1. Gladys Yolanda Sarmiento Vidal, quien manifestó: ser madre de la alumna Michel Castro Córdova, alumna del Centro Espíritu de Sabiduría. Los padres de familia conocieron con anticipación sobre las visitas a Girón y autorizaron. Su hija le comentó que en las visitas no existió ningún peligro, pero no le comentó donde ocurrió el accidente con NN. 2. Juan Fernando Pesantes Calle, quien manifestó: haber estado encargado del Rectorado del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría el once de enero del dos mil once, y en lo demás su testimonio es similar a lo dispuesto por la testigo rectora Ana Isabel Calderón Riqueti. 3. María Fernando Barros Sarmiento, manifestó haber acompañado en las visitas a los alumnos, uno de ellos su hermano que es especial. El profesor Sánchez y ella compraron los tiquetes que les vendió el acusado Andrés David Gómez. Le pidió cuidar la vegetación. Visitaron el primer chorro, bajaron sin novedad y se sirvieron los alimentos, luego caminaron al segundo chorro, al principio había algo de lluvia, pero luego pasó. El sendero era bien marcado, los adultos iban distribuidos entre los niños. Llegaron a un río y el profesor dio una explicación, luego llegaron a un reservorio, en donde permanecieron como quince minutos y regresaron y al llegar, se enteraron de que alguien había caído al chorro. Al observar el formulario en el que se exime de responsabilidad por los riesgos, señala que no conoce porque quien recibió los tiquetes fue el profesor. Que se encontró con la acusadora en el Facebook y le contó lo que ahora ha narrado. Le dijo que no sabe exactamente lo sucedido con NN, supuso que a lo mejor salió del sendero para orinar. Respondiendo al defensor de la acusadora particular, señaló: que sí había lodo en el trayecto a la segunda cascada. Lo que debieron cruzar no se trataba de un río sino un riachuelo de dos metros de ancho, que es en donde dio una explicación el profesor, para cruzarlo sí se dieron las manos, pero no porque haya sido difícil de cruzar, sino para que no se mojen, porque no era peligroso. No existen bifurcaciones en el camino. El riachuelo va a la primera cascada, en línea recta, no inclinado. Al defensor del acusado Guillermo Sánchez, respondió: al llegar al chorro el profesor dio indicaciones a los niños, de

que no se empujen no salgan del sendero. El camino a la segunda chorrera no resultó peligroso, y no se requería ninguna ayuda o equipo especial para transitar. Que desde donde cruzaron el río, hasta la caída de la cascada, calcula como quince metros. Al defensor Andrés David Gómez respondió: el lodo que había en el camino no representó ningún peligro. El sendero a la primera cascada estaba marcado, y señalizado. Presentados por el acusado David Andrés Gómez rindieron testimonios: 1. Henry Geovany Campoverde Sánchez, quien manifestó: que por motivos de prácticas de gastronomía, ha frecuentado el parador turístico La Chorrera, en donde ha observado al acusado David Andrés Gómez, laborando como salonero, en limpieza y bar. Que también ha visitado el lugar como turista, y le han dado indicaciones con respecto a la primera cascada, de no llevar bebidas alcohólicas, no salir del sendero, no nadar. Al interrogatorio del señor Fiscal, respondió: Las indicaciones a las que se refiere solían proporcionar, Andrés Gómez y Mónica Rivas. Que el documento de descargo no le han dado sino solamente tiquetes. 2. Ángel Rogelio Guanoquiza Roldán, quien manifestó, que ha visitado por tres ocasiones La Chorrera. Sí ha firmado el documento de descargo de responsabilidad en el Parador, para la visita a la primera cascada, como hace quince días. Previamente la señora Mónica Rivas le dio indicaciones de cuidado, pero no recibió servicio de guía. Para la segunda cascada no recibió indicaciones. Al interrogatorio del señor Fiscal respondió: no recuerda, con exactitud las fechas de sus visitas, pero una de ellas fue hace dos años, y en esa ocasión no le hicieron firmar el documento de descargo. Conoce al acusado Gómez, lo ha visto trabajar en el Parador, pero no sabe sus actividades. La acusada Mónica Rivas, se presentó a declarar sobre los hechos a Sergio Patricio Padilla Verdugo, quien manifestó estar domiciliado en El Chorro. El once de febrero del dos mil once, observó a un grupo de aproximadamente quince niños subir a la segunda cascada, desde sus terrenos, por ser colindante. Los terrenos colindantes al sendero de la segunda cascada son de propiedad privada. Le consta que Mónica Rivas ha hecho gestiones con la comunidad para mejorar el sector de la segunda cascada, pero no ha tenido respuesta. Al señor Fiscal respondió: que el día anterior diez de febrero, por conversaciones con Edgar Aguirre, aceptó guiar a algunos turistas, a la segunda cascada, pero en medio camino, decidió regresar, porque estaba lluvioso, a pesar de que estaban con equipos adecuados. No sabe ni presume el lugar desde donde pudo caer el niño. Al defensor de la acusadora particular, respondió: recuerda haber visto a los niños el día once de febrero pero no vio nada más. Ese día diez el caudal del riachuelo era bastante. Al defensor del acusado Sánchez, respondió: que en invierno, que incluye febrero, el clima es cambiante, pero no por ello el sendero es de peligro. De igual manera suele subir mucha gente, pero no saben si los niños pertenezcan a alguna escuela. El once de febrero del dos mil once no fue al segundo chorro, ni observó la corriente del arroyo. 2. Martha Beatriz Jiménez Marcatoma, quien manifestó: que cuando fue Alcaldesa de Girón por el período dos mil cinco dos mil nue-

ve, que el contrato de arrendamiento entre el Municipio de Girón y Allpacamac Tours, no incluye la segunda cascada porque los terrenos por donde pasa no son de propiedad de la Municipalidad de Girón. Que antes el contratista fue Edgar Aguirre, (testigo de la fiscalía) pero no renovaron el contrato con él porqué resultó incumplido, según un informe de la Comisión de Turismo del Municipio de Girón. Los documentos relativos a la declaratoria de área protegida del Chorro, no recuerda. Testimonios de los acusados: 1. Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo: quien manifestó: que el once de febrero del dos mil salió con los alumnos de Séptima de Básica, del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría del que era su profesor, a cumplir las actividades previstas y planificadas desde el inicio del año lectivo dos mil diez-dos mil once. Las autoridades del plantel y padres de familia dieron su aprobación. Se trataba de tres actividades académicas, para visitar el Portete de Tarqui, la Casa de los Tratados y El Chorro en Girón. Salió con quince alumnos y tres adultos padres de familia. En cada una de ellas impartía la clase correspondiente. Al cumplir la tercera actividad llegaron al sector del Chorro, a la hostería, los niños jugaron un rato. Se contactó con el acusado Andrés Gómez a quién le pagó por el ingreso a la primera chorrera. Visitaron ese lugar y regresaron sin novedad, se sirvieron los alimentos. Luego comenzaron el ascenso a la segunda cascada, siempre los adultos escoltando a los niños. Llegaron al sitio en el que para continuar tenían que cruzar un arroyo, en donde impartió una clase de Ciencias Naturales. Continuaron a la segunda chorrera donde conocieron una toma de agua para potabilización, permanecieron alrededor de quince minutos y regresaron. Los caminos a la primera y segunda chorrera son definidos, frecuentados por muchas personas, sin riesgos. Frecuenta montañas como El Cajas, conoce las precauciones para cada caso. Las rutas del chorro son destinadas a caminatas familiares, con niños de ocho años sin ningún riesgo. En el cruce del arroyo existe vegetación propia del lugar, la visibilidad aunque no panorámica era normal el camino sinuoso, pero no peligroso. Las instrucciones eran solamente para mayor precaución. Volviendo al descenso, cerca de llegar al carretero observó una ambulancia y dijeron que había ocurrido un percance, preguntando si no era en su grupo, es cuando se percata de que NN no estaba. De inmediato fue a buscarlo con dos de los alumnos, cuando fueron alcanzados por Wilmer Ureña, quien dijo que debe bajar, e intuyó lo que había sucedido. En un carro de la policía vio un bulto amarillo, con el cadáver de NN. Estas actividades las venía realizando desde hace nueve o diez años y jamás ocurrió nada malo a los niños. La actividad llevada a cabo, no fue una excursión, fue académica autorizada por Dirección de Educación. Al interrogatorio del señor Agente Fiscal respondió: no contaba con autorización de la Dirección Zonal Tres del Ministerio de Educación, porque no la requería, porque ésta procede cuando se trata de paseos, excursiones y no para actividades curriculares, como la visita que realizó y venía realizando desde hace varios años. Actividades que constan en el plan operativo anual entregado

oportunamente a las autoridades del Colegio, no siendo su obligación presentar al Ministerio de Educación. Todo el tiempo antes y durante las visitas dio información a los estudiantes, sobre temas académicos y precauciones. Si dentro de la investigación administrativa emprendida por la Dirección de Educación no consta el plan dentro del Cronograma del Centro de Espíritu de Sabiduría, será porque es general, pero lo que tiene que constar y consta, es en el libro de vida de profesor. En el parador Andrés Gómez en el contacto que mantuvieron le dijo, que el deponente ya conoce las indicaciones. Con Mónica Rivas no se encontró. No recibió de parte de Andrés Gómez, ningún formato sobre eximencia de responsabilidad a Allpacamac Tours, solo tickets de ingreso. Gómez no proporcionó información a los niños ni a él sobre la primera, ni la segunda cascada. En la segunda cascada no existe señalización. Subir a la segunda cascada les tomó aproximadamente una hora y veinte minutos. No sabe en qué momento desapareció NN, presume que pudo ser en algún sitio cercano al arroyo, porque existen sinuosidades y vegetación. El día era normal de acuerdo al sector: humedad, llovizna que luego desapareció. Vio a NN con el resto de niños, hasta el descenso de la segunda cascada, cuando iban en columna unos metros antes del arroyo. A las preguntas del defensor de la acusadora particular respondió: Los niños cruzaron solos el arroyo, únicamente los adultos les apoyaron con sus manos para evitar que resbalaran al agua. De subida sí vio a NN cruzar el riachuelo. No puede explicar cómo cayó NN. Recuerda de subida, una llanura para el pastoreo, pero en ningún momento ha tenido intenciones de dejar allí a NN ni a ningún otro alumno, sino que para motivarlo a continuar le dijo que si estaba cansado es mejor que se quede allí y dio resultado porque enseguida dijo que estaba dispuesto a continuar. Los niños vestían uniforme deportivo zapatos deportivos, sin cuerdas ni otros implementos, porque apenas era una caminata. El machete con el que consta en las fotos NN, se encontró en el suelo de Portete, que habían estado los militares arreglando para el juramento a la bandera, NN quiso hacerse fotos, de igual manera ascendiendo un poco el poste para izar las banderas. 2. Acusado Andrés David Gómez Pulla, quien manifestó: que trabaja para Allpacamac Tours en el Parador Turístico El Chorro. El día once de febrero del dos mil once a la una de la tarde más o menos, estaba dedicado a labores de cocina con su jefa Mónica Rivas, cuando llegaron alumnos de la escuela Hernán Cordero y fue a venderles los tickets y golosinas. Luego llegó un grupo con quince niños y algunos adultos, cobró al profesor por los ingresos y él ya sabía el recorrido a la primera cascada. Luego de esta visita vio que fueron por otro rumbo con dirección a la otra cascada. Antes de que regresen, como media hora, la señora Mónica Rivas dijo que había escuchado gritos de auxilio y luego él también escuchó y luego un estruendo. Se dirigió a la cascada y se encontró con cuatro niños que dijeron que alguien había caído, pero no vio nada. Llamó a los bomberos con quienes volvió a subir y vieron debajo del puente el cuerpo del niño, dijeron que era del grupo que había subido a la se-

gunda chorrera, pero ellos dijeron que estaban completos, después cree que se dieron cuenta. La primera chorrera forma una poza que es peligrosa si alguien cae en ella. El puente de la primera chorrera siempre pasa húmedo, llueva o no. No sabe de primeros auxilios ni ha sido capacitado como guía de turismo de montañas. Estuvo presente con su hermano de once años, en el reconocimiento del lugar que practicó el señor fiscal a la segunda chorrera, todos subieron sin ningún problema, sin agarrarse y sin equipos especiales. Entregó tickets de ingreso al profesor, no conversó con los alumnos. Sobre el formato por el cual el visitante exime de responsabilidad, que le exhibe su defensor, señala que antes no se hacía firmar, pero luego de este hecho su jefa Mónica Rivas dijo que es fundamental que firmen ese papel. Si le toca dar indicaciones a los visitantes y acompañarlos a la primera cascada, pero a la segunda cascada a donde ha ido pero por cuenta propia, en cuyo trayecto no hay señalización ni tampoco en el remanso. Los gritos de auxilio escuchó más o menos a las tres de la tarde, antes de que llegue el profesor Sánchez con los niños, que bajaron a las cuatro de la tarde más o menos. La administración del Chorro, no tiene nada que ver con la segunda cascada. Al interrogatorio del defensor de Guillermo Sánchez respondió: tres veces ha subido a la segunda chorrera, y no considera difícil para los niños el cruce del arroyo. Entre éste y la caída hay una distancia de entre diez a quince metros. El filo de la caída del agua sí es bien peligroso. El arroyo no es como para arrastrar a un niño de doce años. Al defensor de la acusada Mónica Rivas, respondió: presume que el niño se accidentó en el trayecto a la segunda cascada. 3. Mónica Catalina Rivas Calle, quien manifestó: es representante de Allpacamac Tours, empresa que desde el año dos mil siete arrienda al Municipio de Girón el parador Turístico El Chorro, las cabañas, las canchas y el trayecto a la primera cascada exclusivamente, trayecto que es de propiedad privada pero que el Municipio tiene el permiso de los dueños de los terrenos que atraviesa. Cuando Allpacamac Tours se hizo cargo no existía ninguna señalización, ni sendero definido, todo tuvieron que hacer. Para las actividades de conservación, el Municipio de Girón cuenta con recursos pero solo hasta la primera cascada. Hacia el sector de la segunda cascada, transita la gente por su cuenta, conociendo que como consecuencia de ello, los dueños de los predios contiguos, se sienten afectados en su tranquilidad. Que en algún momento trató de intervenir en la segunda cascada, pero la vecindad se opuso. El once de febrero de dos mil once, a las once horas, llegó una señora con algunos niños a quienes dio las instrucciones necesarias, que es lo que se suele hacer. Se trata de una profesora que estaba al mando de un grupo de niños, quienes subieron hasta el mirador de la primera cascada y se regresaron, ocupando las instalaciones de la hostería y las canchas. También llegó una buseta con más niños de otra escuela, quienes fueron recibidos por Andrés Gómez. Ellos visitaron la primera cascada sin ninguna novedad, luego salieron a la segunda cascada, sin dar ningún aviso, aunque esa área no le compete a su administración. A las 16 horas aproximadamente,

escuchó gritos de auxilio, parecía de una niña. Andrés Gómez acudió a ver de qué se trataba y había escuchado un fuerte sonido y se había tratado de la caída del cuerpo de un niño. La profesora a cargo de los niños, dijo que ellos estaban completos y luego se supo que el niño fue parte del grupo que con el profesor Sánchez subió a la segunda cascada. Al interrogatorio del Sr. Fiscal respondió: que es verdad que para la firma del contrato de arrendamiento del Parador turístico El Chorro, Allpacamac Tours presentó una propuesta técnica en la que se incluye servicio de guianza, concienciación y prevención de riesgos. Además trabajar con los moradores de la comunidad con fines ecológicos. Sí contaba con guías bilingües, pero en el Ministerio de Turismo no autorizaron argumentando que el trayecto es muy corto, sin embargo, Sandra Chicaiza es guía bilingüe y ella también suele ayudar en este sentido. Ella y Andrés Gómez reciben a los visitantes a quienes les proporcionan información básica relevante sobre el recurso hídrico, y señalización. El sendero a su cargo es autoguiado y demora aproximadamente cinco minutos. Que puede ser que la micro cuenca de El Chorro tenga aproximadamente 4.800 hectáreas. Pero que el compromiso de Allpacama Tours se limita a los sitios que ya ha mencionado, que incluye el acceso al mirador, que conoce es de propiedad de la familia Álvarez la que autorizó solo este acceso que conduce al mirador de la primera cascada. El documento en el que firman los visitantes, eximiendo de responsabilidad a la administradora; no recuerda desde cuándo se lo está entregando. Desconoce si el once de febrero de dos mil once se firmó uno de estos documentos. Al defensor de la acusadora particular respondió: no observó la caída del cuerpo del niño. Le dijeron que fue cerca del puente de la primera cascada y que el accidente fue en la segunda cascada, donde ella no administra. Desconoce la dimensión de la altura de la primera cascada, supone que pueden ser veinte y cinco metros. Desconoce el inicio del precipicio de la primera cascada, pero ha visto el riachuelo que va hacia allá. Al defensor del acusado, Andrés David Gómez, respondió: no observó la caída del cuerpo del niño. Le dijeron que fue cerca del puente de la primera cascada y que el accidente fue en la segunda cascada, donde ella no administra. Desconoce la dimensión de la altura de la primera cascada, supone que pueden ser veinte y cinco metros. Desconoce el inicio del precipicio de la primera cascada, pero ha visto el riachuelo que va hacia allá. Al defensor del acusado, Andrés David Gómez, respondió: en ningún momento autorizó a Andrés dar indicaciones sobre la segunda cascada. Él se ocupa de limpieza, recepción de turistas, guardería y permanece todo el tiempo en la hostería. DEBATE.- El señor Fiscal, refiriéndose al acusado Guillermo Sánchez Arévalo manifestó lo siguiente: que ha cumplido con lo que dispone el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal. La vida de NN fue truncada por el quebrantamiento de normas y reglamentos. No se trató de un caso fortuito, fue un asunto negligente. Se identificó el escenario y los participantes, todos los testigos coinciden en que el día de los hechos, los niños de la escuela Espíritu de

Sabiduría, incluido NN, estuvieron bajo la responsabilidad del maestro Guillermo Sánchez. Las visitas que realizaron no fueron de naturaleza académica, así consta en todos los documentos y testigos provenientes del Ministerio de Educación. Primero recorrieron un sendero señalizado, pero en la segunda travesía, hacia la segunda cascada, los niños no contaron con información sobre los peligros, recorrieron un camino sin ninguna señal, y aunque era peligroso ascender a la montaña, sin vestuario adecuado, caminaron aproximadamente una hora con quince minutos, pasando por precipicios, por uno de ellos cayó NN, no hay ninguna otra explicación. La existencia de la infracción se justifica con el protocolo de la autopsia practicada por el perito médico legista Jaime Pacheco Solano, quien ha explicado que la causa de la muerte son los politraumatismos que produjeron hemorragia, destrucción de centros vitales por la violenta precipitación física, no caída; porque ha explicado que la precipitación se produce cuando la altura va más allá de la altura de la persona. Con el parte policial en el que el policía Kevin Sanango, describe el hallazgo del cadáver. Con los reconocimientos del lugar de los hechos, a los que se acompaña varias fotografías, que en síntesis y según los testimonios de los peritos que elaboraron los informes, el trayecto a la segunda cascada no contaba con ninguna señalización, verificándose que el sendero es atravesado por un riachuelo, que se puede observar que tenía poca agua, pero conducía a un precipicio, sin que exista ningún obstáculo para el acceso. La responsabilidad del acusado Sánchez, surge de los testimonios de Mónica Pedrosa y Patricia Pesántez, quienes conocieron del trámite administrativo en contra del acusado, emprendido por la Dirección de Educación del Azuay, en el que se concluyó en el incumplimiento total de acuerdo ministerial 4292 del Ministerio de Educación y Cultura, expedido en mil novecientos noventa y siete, que establece que el Plan de Excursiones debe ser aprobado por la Dirección de Educación. Que no se cumplió con el plan operativo, el plan de excursiones, el libro de actividades del profesor, en donde debía reflejarse las actividades curriculares y extra curriculares. Como resultado, el profesor recibió la sanción de separación del plantel Espíritu de Sabiduría. Luego presentó una acción de protección por esta sanción, la misma que fue rechazada, concluyéndose que el acusado desarrolló una actividad extracurricular el día de los hechos, para lo cual debía contar con el permiso de las autoridades. El artículo 8 del acuerdo Ministerial antes citado, obliga a los maestros permanecer junto a los estudiantes y no colocarlos en situaciones de riesgo, también inobservado por el acusado. El delito imprudente se produce por inobservancia de las normas, entre otros requisitos. Consta el testimonio de Patricia Luzuriaga que conforme al oficio presentado como prueba documental, el departamento donde él labora en la Dirección de Educación del Azuay, no concedió permiso para la salida de los alumnos el día 11 de febrero de 2011, para las actividades extracurriculares que necesariamente requerían del mismo. Fausto Sánchez Zavala, suscribe una circular en la que consta la prohibición de salir a los alumnos, desde antes

de las festividades de carnaval, incluido el día del suceso; en suma, se incumple con todo el procedimiento requerido por el Ministerio de Educación para registrar las actividades del plantel y que para constancia ha presentado como prueba documental, incluida la sanción que por todo ello recibió el acusado y la rectora. Los testimonios de los niños aun manifestando su cariño por el profesor señalan que cuando llegaron al sector El Chorro, no recibieron indicaciones por parte de éste, solamente les dijo que no se empujen, que no se separen pero no les advirtió del peligro. El momento de cruzar por el remanso de agua, el profesor se descuidó y se produjo la caída de NN, no es relevante si siempre estuvo atento. Luego de mucho tiempo, recién se dio cuenta que faltaba su alumno, cuando ya habían regresado, ello representa falta de cuidado. El delito negligente tiene varias características, entre ellas la falta de previsibilidad. Los adultos que acompañaron a los niños manifestaron que Guillermo Sánchez caminaba al último. Se configuran en la conducta del acusado, la falta de cuidado que como profesor debía prodigar y la inobservancia de la normativa del Ministerio de Educación. Wilmer Ureña y María Fernanda Barros señalaron que hicieron falta a NN cuando regresaron, al llegar a la parte baja, ellos anotan además que el día estaba lluvioso; sobre el clima lo mismo dice el testigo Aguirre y por ello prefirió no subir. La profesora Ruth Rosales Brito que estuvo con los niños de la escuela Hernán Cordero, tomó precauciones y prefirió no subir ni siguiera a la primera cascada, en razón del mal clima que había, precauciones que no fueron tomadas por el profesor Sánchez. La señora Olga Bravo Vidal, persona de la tercera edad, quien fue a la primera cascada, también da cuenta del mal clima, he incluso que se había derrumbado un pedazo del camino. Del testimonio del mismo acusado Guillermo Sánchez se puede deducir sus fallas negligentes: no cumplir con las normas del Ministerio de Educación, del Código de la Niñez y Adolescencia. Sobre el análisis del tipo penal, la teoría de la imputación objetiva tiene que ver con la creación y aumento del riesgo, riesgo socialmente aceptado, que son situaciones comunes que enfrenta la convivencia diaria. El riesgo en el que estuvo NN no es de aquellos permitidos socialmente. Dentro de esta teoría se estudian también los roles de los sujetos, en este caso, la ley de educación reglamentos, etc. mandan al profesor estar siempre junto a sus alumnos para evitar que algo les pase. Pero el profesor Sánchez se descuidó y por eso es responsable de la muerte de su alumno NN. Puede ser que el día de los hechos NN estuvo cuidado, pero, no como cuando al parecer se retiró a orinar con otro niño, aunque sobre este particular no haya podido declarar este niño, como sí lo hizo en la etapa anterior. El profesor Sánchez faltó al deber objetivo de la etapa anterior. El profesor Sánchez faltó al deber objetivo de cuidado, porque no previó las consecuencias, afectando el bien protegido por la constitución, como es: la vida. Acusó a Guillermo Sánchez de ser autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado en el artículo 460 del mismo Código, en relación con el artículo 14 *ibidem*, refe-

rente a la falta de precaución y previsión. El defensor de la acusadora particular, Dr. Ítalo Palacios, manifestó: que respecto del acusado Guillermo Sánchez, el Fiscal ha sido claro en su planteamiento y ha justificado los dos aspectos fundamentales del artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la tesis de imprudencia y negligencia, no como sostiene la defensa, que se trata de un infortunio. El artículo 459 del Código Penal incluye dos verbos rectores que son: la falta de previsión y la falta de precaución, que se cumplen en la conducta del profesor Sánchez. Vulneró el último inciso del artículo 14 del Código Penal, cuando llegó a la Hostería El Chorro y ante la presencia de la lluvia en prevención de cualquier suceso perjudicial para la seguridad de los niños, debió desistir de dirigirse a la segunda cascada, sin embargo, prosiguió porque dice haber ido varias veces al lugar. No se detuvo incluso ante el peligro que representaba cruzar el riachuelo. No le importó custodiar a todos los menores, a tal punto que recién cuando llegó a la parte baja, se percató que NN no estaba y no por iniciativa propia sino porque le preguntaron, de esta manera bien pudo haberle faltado más niños. Hay mucha doctrina sobre la culpa, se destaca que la culpa es un vicio de la atención, falta de precaución previsión y sentido. El sentido común indicaba que ante el panorama encontrado en el Chorro el profesor ni siguiera debió bajar a los alumnos de la buseta. Acusa a Guillermo Sánchez de ser autor del delito de homicidio inintencional, tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado en el artículo 460 *ibidem*. El artículo 309 del Código de Procedimiento Penal señala el derecho a las indemnizaciones como consecuencia del delito como derecho de las víctimas, al igual que el artículo 78 de la Constitución. La pérdida de una vida no tiene precio, pero legalmente está obligado a justificar el monto de la indemnización y para ello ha presentado los documentos respectivos. Además de que se ha de tener en cuenta el proyecto de vida de NN que, considerando el promedio de vida de sesenta años, con once años de edad que tenía NN al fallecer, hubiese vivido al menos cincuenta años, por lo tanto, solicita una indemnización de no menos de doscientos mil dólares. El defensor del acusado, Dr. Miguel Sarmiento manifestó: la fiscalía ha ido del causalismo puro al finalismo, buscando algo en la doctrina. Así inicialmente busca la culpa en el resultado, de igual manera lo hizo el defensor de la acusadora. Todos los actos implican riesgos, así como cuando se conduce un vehículo, en todo momento se encuentra en riesgo. Pero los riesgos comunes no interesan al derecho penal. La teoría de la imputación objetiva considera la previsibilidad combinada con el riesgo permitido. Es absolutamente reprochable encontrar responsabilidad en las concausas y sostiene que el elemento fundamental en la conducta de su defendido es haber descatado la orden de prohibición de salir con los alumnos, emitida por la Dirección de Educación del Azuay, esa alegación es precisamente una concausa que no es aplicable en los delitos culposos. Así tenemos a Welsel, Roxin, Muñoz Conde, Donna, que con doctrinas similares rechazan las concausas. El disvalor de la acción se debe hacer

de la acción misma que produce el resultado. Se habla de una prohibición dirigida a excursiones y paseos, pero la actividad del once de febrero de dos mil once, era diferente, era una actividad curricular previamente planificada, para la cual no se requería permiso alguno. Para manejarse la teoría de la imputación objetiva, se ha de considerar la previsibilidad, el riesgo permitido y el aumento de riesgo. Welsel considera que el deber ilimitado de cuidado conduciría a los hombres a la inactividad absoluta. Lamentablemente, existen situaciones desafortunadas que surgen del comportamiento de la víctima, y eso reduce la culpabilidad, porque el resultado es atribuible a ella misma. Según los testimonios y las fotografías que se han exhibido, no existió ningún peligro. No es verdad que el niño haya sido arrastrado por alguna corriente; sobre el arroyo, los niños señalan que el agua no iba más arriba de los tobillos. Los que sucedió es que el niño se puso en riesgo al caminar cerca del inicio de la cascada, creó un factor imprevisto. Muñoz Conde dice que si la acción es conforme al cuidado requerido y se produce el daño, la acción no es típica. Según Welsel el deber de cuidado no es ilimitado. Su defendido durante ocho años realizó la misma actividad programada por la institución. Se dice que el profesor no dio las indicaciones para que los niños conozcan sobre los riesgos y el cuidado que debían observar. Entonces, los otros adultos deberían estar aquí porque también asumieron el deber de cuidado. El profesor Sánchez fue tan precavido que se hizo acompañar con otros adultos para el cuidado de sus alumnos, aun cuando conocía que los recorridos no presentaban ningún peligro, ni necesitaban ninguna ayuda especial, que el sendero era bien protegido por farallones, imposible de perderse. Por curiosidad del niño se puso en peligro y se alejó del camino hacia la caída. No se trató de un niño pequeño, era un jovencito de doce años, que de acuerdo a la ley está en capacidad de razonar sobre el peligro, apto para transitar por la ciudad. Era imprevisible para su defendido que NN saliera del camino, y por la fatalidad se produjo el resultado. Dos elementos deben concurrir al deber objetivo de cuidado: el riesgo permitido en este caso es la excursión, como la han querido llamar, y aquí no hay un incremento de riesgo, porque ninguno de los que han declarado se refieren a riesgos como precipicios, abismos, etc. Y el día lluvioso que es propio de la zona, no puede considerarse como que fue un riesgo. Los otros dos acusados nada tienen que ver aquí. Se busca responsabilidades a través de las concausas por las cuales, por ejemplo, la responsabilidad por los accidentes de tránsito alcanzaría a los fabricantes de carros. Si se alega que el arrastre del agua fue la causante de la caída, el médico que practicó la autopsia dijo que no había encontrado agua en los pulmones. La prueba permite deducir la inexistencia de negligencia e imprudencia, ni que se cumplan los presupuestos del artículo 14 del Código Penal. El señor Fiscal, con respecto al acusado Andrés David Gómez, manifestó lo siguiente: el acusado no era un simple empleado del parador turístico. Estaba obligado a proporcionar información a los visitantes y en-

regar los tickets para el acceso a las cascadas. No cumplió con su obligación de dar la información correcta a los niños ni a los adultos, fue el contacto principal como empleado de Allpacamac Tours. Quien estaba obligado a cumplir con el servicio de guianza, según la propuesta que entregó Allpacamac Tours y que es parte del contrato que suscribió con el Municipio de Girón. Sólo después del accidente en el que falleció el menor de edad, el acusado Gómez Pulla entrega el documento por el que el visitante exime de responsabilidad a la empresa. Si este documento hubiese sido suscrito el día de los hechos, no habría sido acusado Gómez Pulla, quien se encarga actualmente de entregar esta constancia. Pero es responsable por cuanto al ser empleado de la administradora debió cumplir con la propuesta que es parte del contrato con el Municipio de Girón. Concluye acusándolo de ser autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado en el artículo 460 del mismo código, por homicidio inintencional. El defensor de la acusadora particular, formalizó la acusación particular en la misma forma como lo hizo respecto del acusado Sánchez. El Dr. Rodrigo Montesinos defensor del acusado Andrés Gómez Pulla, manifestó lo siguiente: La testigo Rosales Brito nunca ha dicho que su defendido le dio indicaciones para la segunda cascada, sino para la primera, que es parte de la administración de la empresa empleadora de su defendido. No existe ninguna conducta de su parte que sea penalmente reprochable. En el elemento previsibilidad de la conducta culposa, deben concurrir los factores: conocimiento del agente y regularidad en que se da el hecho. En cuanto a la previsibilidad. Se hacen varios reconocimientos del lugar y en uno de ellos, el Sr. Fiscal permitió que suba un niño, hermano de su defendido Gómez Pulla. En el supuesto de que a este niño le hubiere ocurrido algún daño y si se sostiene que el trayecto era riesgoso, podría pensarse que el Fiscal que controlaba la diligencia habría sido responsable de ese resultado? al no haber previsto el peligro al que habría estado sometido el menor. Su defendido no es un guía de turistas, no fue capacitado para ello, así consta del documento emitido por el Ministerio de Turismo, es un empleado de la administradora que aun no siendo el objeto del contrato de trabajo, se ocupa en varios menesteres. En cuanto a las circunstancias del hecho; llegó un grupo de niños al cuidado de cuatro personas adultas, guiados por el profesor Sánchez, visitan el espacio administrado por Allpacamac Tours y los niños no sufren ni un solo raspón. El testigo Patricio Cullcay, manifestó que el día era lluvioso pero refiriéndose al día diez de febrero de dos mil once, dijo también que era peligroso, que no pudo cruzar el río, pero con respecto al día once de febrero dijo que no vio el río. El testigo Aguirre dijo lo mismo porque Cullcay es su empleado, pero todo referido al diez de febrero del dos mil once. Si el acusado hubiera realizado la conducta típica, podría argumentarse el nexo de evitabilidad. No dar información o explicaciones no evita el resultado. Ese día se desarrolló un paseo campestre y en el ambiente, por supuesto que existió lodo. Se les acabó el

argumento del río. El deber de las omisiones peligrosas implica abstenerse de la conducta cuando no se conoce una materia, por ejemplo un enfermo operado por un enfermero. El acusado no está preparado como guía. En definitiva, lo ocurrido en la segunda chorrera no tiene ninguna relación con su defendido por cuanto está fuera de la administración. El señor Fiscal, respecto de la acusada Mónica Rivas Calle, manifestó lo siguiente: las funciones de la acusada se desprenden de la abundante documentación entregada relacionada con el contrato que la empresa que representa firmó con la Municipalidad de Girón, especialmente la propuesta que presentó Allpacamac Tours en la que se contempla el compromiso de proporcionar servicio de guianza, un centro de información turística, señalización e información a los turistas. Obligaciones que fueron incumplidas por la acusada. El día de los hechos ella estuvo presente y no proporcionó la información a los niños, se conformó con encomendar este cometido al acusado Gómez Pulla. El documento de exoneración de responsabilidad a la administración es lo que la vincula, si antes hubiese existido ese documento, no hubiese sido objeto de acusación, pero este documento de exoneración se empieza a emitir después del fallecimiento del niño NN. La declaración de área protectora abarca más de cuatro mil hectáreas y la acusada no puede alegar que únicamente el área objeto del contrato llegaba a la primera cascada. El testigo Edgar Aguirre, anterior arrendatario, sostuvo que el objeto del arriendo era la totalidad. La acusada en cambio sí dio información suficiente a la profesora a cargo de niños de otra escuela, lo mismo hizo con la señora mayor de setenta años pero al grupo del profesor Sánchez omitió proporcionar información, delegado a su empleado el Sr. Gómez. La acusación la hace invocando los mismos artículos con respecto a los otros acusados. El defensor de la acusadora particular, alega en forma similar al Sr. Fiscal y formaliza su acusación reclamando a los otros acusados. El Dr. Nelson Pesántez Torres, defensor de la acusada, manifestó en lo medular lo siguiente: que no se puede precisar en dónde se suscitó, con exactitud, el accidente que ocasionó el fallecimiento del niño NN. Como posibilidad puede decirse que se suscitó en el trayecto hacia la segunda cascada, y nunca en los territorios y espacios físicos del Municipio de Girón, en este caso, la Hostería El Chorro, arrendada y administrada por su defendida Mónica Catalina Rivas Calle, en su calidad de gerente administrativa de dicha empresa de turismo. Resulta como error garrafal invocar como fundamento para la acusación, una cláusula de un contrato de arrendamiento. De parte de su defendida se ha probado que el acontecimiento fatal que determinó la muerte del menor, no se suscitó en el espacio físico en donde su defendida fue y es su arrendataria. En consecuencia, nada se ha probado en contra de su defendida, quien debe ser declarada inocente, así como debe declararse la acusación como maliciosa y temeraria. El Tribunal dentro de la audiencia de juzgamiento, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, cumplido el proceso de

deliberación, conforme a las reglas de la sana crítica, y por haber llegado a la certeza exigida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, resolvió declarar la culpabilidad del ciudadano Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo y conformar la inocencia de los ciudadanos Andrés David Gómez Pulla y Mónica Catalina Rivas Calle. El Tribunal en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal considera: **PRIMERO:** Por haberse observado las solemnidades legales sustanciales inherentes al presente trámite se declara su validez. **SEGUNDO:** El artículo 459 del Código Penal que tipifica el delito acusado, dice lo siguiente: “Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”. El delito de homicidio inintencional es de aquellos que involucra una conducta culposa del autor. El tratamiento de la culpa dentro del derecho penal presenta mayores dificultades, que en el caso del dolo; empezando por la conceptualización de la culpa que asumen los doctrinarios, pasando por el enfoque que asumen las legislaciones, en unos casos sin preverla, otras incluyéndola sólo en la parte general, y otras tratándola tanto en la parte general como en la especial, esta última modalidad es la que ha adoptado el Código Penal ecuatoriano, así; encontramos que el art. 14 del Código Penal en la parte general dice: “La infracción es dolosa y culposa. La infracción dolosa es aquella en que hay el designio de causar daño, es intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción y omisión; y, ...la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos y órdenes. “En la parte especial se ubica el art. 459 del Código Penal que describe el delito de homicidio inintencional conforme se transcribió anteriormente. Los dos artículos incluyen la expresión previsibilidad por lo que podría pensarse que en el artículo 459 no estarían incluidas la negligencia, la imprudencia y la impericia que describe en el art. 14. Empero la forma comisiva del homicidio culposo referido a la falta de precaución que menciona el artículo 459 incluye falta de diligencia, de prudencia, de pericia. La estructura del delito culposo es acorde con los demás tipos penales, está integrado por tipicidad, antijuridicidad y atribuibilidad. Al respecto de la doctrina se señala lo siguiente: “Como todo delito, también el hecho punible culposo reúne los elementos de tipicidad, antijuridicidad y atribuibilidad. La autonomía respecto de los delitos dolosos se muestra en la infracción a la norma y con ello en el ámbito del tipo; antijuridicidad y atribuibilidad se refieren con ello a objeto distinto de la realización dolosa de un tipo, debiendo en lo demás ser determinados tal como en los hechos dolosos... de este modo la culpa es extraída definitivamente del ámbito de la atribuibilidad (culpabilidad), para ser incluida, al igual que en los

hechos dolosos, en el ámbito del ilícito típico”¹. Dentro del tipo objetivo del delito culposo se encuentra la conducta que infringe el deber de cuidado. “En general, aunque también en el hecho doloso hay una acción desviada y otra hipotética adecuada a los requerimientos del orden jurídico, la diferencia esencial entre ambas tipicidades no puede buscarse en otro lado que no sea el subjetivo, o sea que en la dolosa hay conocimiento del tipo objetivo y dirección de la voluntad hacia la consecución del resultado, y ello no ocurre en los hechos culposos. Siendo así, los componentes subjetivos del acto son apreciados por el derecho penal de distinta manera; cuando el hecho es intencional, se lo castiga más severamente, porque el sujeto se propone materializar el suceso previsto por la ley como delito; en cambio, si la acción es descuidada no ocurre lo mismo”². Es decir que produciéndose un resultado igual en este caso la muerte de un ser humano las consecuencias jurídicas son distintas. La doctrina reconoce como elemento del tipo culposo, la conducta que infringe el deber de cuidado. El perjuicio al bien jurídico se produce por infracción a este deber. El perjuicio es objetivamente evitable; evitabilidad entendida como una acción encaminada de manera diferente con resultados diferentes al de la lesión. En otras palabras, el agente habría evitado el perjuicio evitando la acción y omisión descuidadas. Son los sistemas de reglas jurídicas y sociales tanto extrajurídicas como no escritas, las que determinan la infracción del deber de cuidado. El deber general social obliga a los individuos a evitar actos lesivos de valores ajenos jurídicamente protegidos. La convivencia social de esta manera se rige por un deber de cuidado de carácter universal, que no está regulado exclusivamente en el ordenamiento jurídico, sino que surge para la convivencia armónica en sociedad. El referencia al delito culposo en la praxis médica que en lo que quepa puede asimilarse al caso sub iudice, coincidimos con Terragni en que: “Las normas subyacentes a las prohibiciones de causar la muerte o lesiones por culpa, procuran impedir (bajo la forma de amenaza de pena) la conducta imprudente, negligente, imperita o violatoria de los reglamentos o de los deberes a cargo del médico que determine esos resultados...”³ Las expresiones: previsión y precaución incluidas en el artículo 450 del Código Penal tienen en común la previsibilidad, de manera que este elemento, junto con el deber de cuidado integran el núcleo del homicidio inintencional. **TERCERO:** Para verificar el óbito y sus causas, encontramos el Testimonio del Perito doctor Jaime Pacheco Solano, quien dice haber practicado la autopsia de ley, al menor de once años de edad NN, concluyendo en que la muerte se debió a una hemorragia aguda, producida por una caída tipo precipitación, explicada como la que se ocasiona desde una altura mayor a la estatura del sujeto, y en este caso por la forma descrita en el reconocimiento exterior

y de cavidades del cadáver, la precipitación debió ocurrir desde una gran altura. Este resultado: muerte de un ser humano es atribuido por el señor Fiscal a los acusados, a título de culpa. La prueba que ha presentado y se ha resumido anteriormente constituyen: documentos voluminosos como el informe del trámite administrativo seguido por instancias del Ministerio de Educación y que concluyó con la separación del acusado Guillermo Sánchez del Colegio Espíritu de Sabiduría. Sostiene que con ello se prueba que el profesor Sánchez, produjo el resultado por la inobservancia de las normas legales del Ministerio de Educación que le obligaban a obtener el permiso para salir con los alumnos, porque se trató de una actividad extracurricular, que además estaba prohibida expresamente, por la cercanía de las fiestas de carnaval. Poniendo el mayor de los énfasis en este informe y los testimonios de los funcionarios que se relacionaron con el mismo, cree que la modalidad comisiva es la inobservancia de ley reglamento y orden, lo que equivale a decir que si todo estaba en “regla”, no habría sido responsable el profesor Sánchez y habría que buscarlo en los que dieron los permisos, he hicieron las normas jurídicas y así al infinito. Lo importante en los delitos culposos es que los modos comisivos: negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia, vayan ligados inexorablemente con un deber de responder de carácter jurídico por la evitación del resultado, dicho de otro modo que el autor tenga el deber de garante, que se origina en varias fuentes. Sin que sea necesario por interminable la revisión de los deberes estables, con respecto a la presentación de la educación de sus ciudadanos, que también puede ser delegada a organizaciones privadas, como en este caso al Centro Educativo Espíritu de Sabiduría. Esta organización a su vez es receptora por delegación de los deberes paternos filiales que los padres de familia que no los pueden asumir directamente, sino a través de las organizaciones educativas. Por lo tanto mientras están bajo su cuidado, éstas a través de las personas naturales tienen capacidad de evitación de resultados. En este punto descartando la relevancia de que si la actividad fue curricular o extracurricular, el profesor Guillermo Sánchez, con la autorización obtenida de las autoridades del plantel Guillermo Sánchez, asumió el deber de proteger a sus alumnos, (entendida en la doctrina como la capacidad de evitación) con los que emprendió el paseo, excursión, actividad académica o como quiera llamarse, al cantón Girón. Cierta doctrina aborda los deberes en virtud de la responsabilidad por organización, señala que los deberes de relación se refieren generalmente “al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos. Fundamento de los deberes es, pues, la incumbencia o responsabilidad del organizador por la organización interna, excluyendo la de las

¹ Reinhart Maurach - Karl Heinz Gossel Heinz Zipf-Derecho Penal, parte general 2-Editorial Astrea-Pag.127-128.

² Marco Antonio Terragni-El Delito Culposo en la Praxis Médica -Rubinzal -Calzoni Editores- Pag. 67.

³ Marco Antonio Terragni-El Delito Culposo en la Praxis Médica -Rubinzal -Calzoni Editores- Pag. 67.

personas amenazadas en sus bienes. El deber, a causa de la responsabilidad no compartida del titular del ámbito de organización es independiente del comportamiento del que está amenazado por el peligro; en particular, el deber no se anula porque la futura víctima se comporte a su vez imputablemente de modo tendente al daño...⁴. Se trae como ejemplo, al conductor que debió evitar colisionar con los ciclistas que se aproximan tambaleándose en estado de ebriedad. Este enfoque doctrinario sirve a su vez para rebatir el argumento del defensor del profesor, sobre la autopuesta en peligro de la víctima, que además se trataba de un niño cursando estudios básicos. Ciertamente en esta época de la vida, por su falta de madurez los seres humanos son proclives a conductas irreflexivas, y es por ello precisamente, que requieren de cuidados especiales. **CUARTO:** Los reconocimientos de lugar, acreditados por los testimonios de los peritos, traen imágenes y que describen dos lugares completamente diferentes: 1. Un sendero que partiendo desde las instalaciones a cargo de Allpacamac Tours, ascienden hasta un mirador desde donde se puede observar la caída de agua desde una altura de más de cien metros. Este sendero contiene señalización aunque sea elemental. 2. Otro sendero que partiendo del kilómetro cuatro de la vía Girón. El chorro, asciende por la montaña, pasa por lo que los testigos y peritos llaman indistintamente, primera cascada, chorro, catarata, chorrera, y continúa hacia la segunda cascada, chorrera, o chorro, y a un reservorio de agua. Interrumpiendo el sendero se encuentra lo que han llamado riachuelo, río, remanzo, arroyo, quebrada, manantial, cuyo nacimiento no se conoce, pero sí su destino: recorrer un espacio de veinte, quince, diez, cinco metros, nadie coincide y formar, lo que nosotros llamaremos un primer chorro, cuya observación como ya dijimos es factible hacerla de abajo hacia arriba desde el mirador del primer sendero y no de arriba hacia abajo, por el peligro que representa. Esta área en donde se produce el salto del agua, no cuenta con ninguna protección, ni aviso que sirva de advertencia del peligro que ciertamente representaba. Tomando en cuenta el lugar en que fue encontrado el cadáver, según han referido los testigos: debajo el puente de madera en el que finaliza el primer sendero, es altamente probable que NN se precipitó desde el área del salto del agua. **QUINTO:** Acerca de la travesía cumplida por el grupo a cargo del Profesor Sánchez, niños y adultos han señalado que ninguno de los dos senderos, representó peligro alguno y que no era necesario de ningún equipo especial para transitarlos. Aunque algunos hayan señalado que las condiciones climáticas no eran de las mejores, reportan llovizna, algo de neblina, lodo, incluido el profesor Sánchez quien ha señalado haber advertido humedad, y llovizna intermitente. De la misma manera al referirse al cruce del arroyo, riachuelo, etc. dicen que de ida y vuelta lo hicieron sin dificultad, y ciertamente, por más que el señor Fiscal haya querido mag-

nificar el caudal, las fotografías, los testimonios de los policías que practicaron los reconocimientos de lugar, demuestran un bajo nivel de agua y ausencia de potencia en la corriente en la parte que debieron cruzar el día de los hechos y no otro, como se pretende hacer creer con el testimonio de Aguirre, testigo resentido al no haber sido favorecido con el arriendo del parador turístico. Además que en el cadáver no existen huellas de arrastre compatible con la corriente de agua. Ni siquiera es relevante si les proporcionó o no información a los niños sobre los peligros, puesto que al haber asumido el deber de cuidado de su integridad, el acusado no quedaba liberado de su deber de evitabilidad. La responsabilidad del acusado Sánchez es por negligencia, surge de los testimonios de sus alumnos, y de los padres de familia que hicieron la segunda travesía, y del propio acusado. Transitaron ciertamente por un sendero bien marcado, protegido a los costados con vegetación natural, pero de ninguna manera infranqueable, más si tomamos en cuenta la desprotección del área del arroyo en el punto en el que se precipita el agua. Ninguno de los testigos ni niños, ni adultos, dan cuenta de la posición en la fila que ocupaba NN en el trayecto al segundo chorro. Según el profesor, la última vez que lo vio fue al regreso, antes de cruzar el arroyo, desde allí negligentemente lo descuidó, y no se percató el desvío del rumbo de NN, precisamente en la zona que sí representaba peligro, no por el volumen de agua, sino por la ausencia de protecciones físicas que impidan el paso hacia el salto del agua. Tan negligente fue la conducta del acusado Sánchez, que ni siquiera hizo falta a NN, sino algún tiempo después y porque le preguntaron si no faltaba alguien del grupo, porque para entonces ya había ocurrido el infausto suceso. No está en duda que durante ocho o nueve años de hacer este mismo recorrido, con sus alumnos, no haya ocurrido ningún percance con ellos, no se duda del conocimiento cabal que el profesor tenía de los trayectos, senderos, clima, etc., seguramente se debió a que en todas estas ocasiones fue diligente en el cuidado de la integridad de sus alumnos, ocurre que en este caso no sucedió lo mismo, más aún si se toma en cuenta que por tantos años de frecuentar el segundo sendero, conocía de la cercanía del abismo desprotegido. Por lo expuesto se concluye que con respecto al acusado Guillermo Sánchez se ha cumplido los presupuestos exigidos en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, al haberse probado la existencia de la infracción y su responsabilidad en el delito de homicidio inintencional de NN. **SEXTO:** En lo relacionado con la responsabilidad de los acusados Andrés David Gómez y Mónica Rivas Calle, el fundamento de la acusación, radica en el incumplimiento de compromisos adquiridos, a través del contrato de arrendamiento entre la empresa representada por la acusada y la Municipalidad de Girón propietaria del parador Turístico El Chorro y que según los documentos que ha

⁴ JAKOPS Gunter, Derecho Penal Pag. 973.

presentado el señor Fiscal, consisten en dar información a los turistas, implementar señalización y proporcionar servicio de guía. Pero todo ello fue omitido por la acusada como representante de la empresa arrendataria el acusado como empleado de la misma. Parece que el señor Fiscal desvía la atención hacia asuntos de orden civil, en las relaciones de partes contractuales, porque lo cierto es que y conforme lo que ya se expuso, la atribubilidad del hecho encontró coincidencia con la conducta del acusado Sánchez, no así en los otros dos acusados, que no reúnen las características ya expuestas, que son inherentes a la responsabilidad por culpa. Muy a pesar de la acusación oficial y particular, se ha demostrado que aún de haberse incumplido por parte de los acusados su deber de información de riesgos, el hecho no se suscitó en el área controlada por la acusada. De otro lado el acusado al momento del hecho era un empleado, cuyas obligaciones según el objeto del contrato de trabajo nada tienen que ver con la asunción de algún deber de cuidado. Con las consideraciones expuestas, se cumple el mandato del artículo 76.7.L de la Constitución y 312 del C.P.P., en consecuencia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**; este Tribunal declara culpable a GUILLERMO LAUTARO SÁNCHEZ ARÉVALO. Ecuatoriano, nacido en el cantón Sigsig, domiciliado en la ciudad de Cuenca, de cincuenta y ocho años de edad, casado profesor portador de la cédula de ciudadanía x; por considerarlo autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 del C.P. y sancionado en el artículo 460 del C.P. Se le impone la pena de un año de prisión y multa de veinte dólares de los Estados Unidos. En consideración a las atenuantes justificadas del artículo 29 numerales 6 y 7 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal quedan suspendidos los derechos de ciudadanía del sentenciado por el tiempo de duración de la condena. Se dispone que la pena se cumpla en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca. Con costas daños y perjuicios, declarándose con lugar la acusación particular, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369.5 del Código de Procedimiento Penal, se condena a Guillermo Sánchez a pagar daños y perjuicios a la acusadora particular en el monto de cinco mil doscientos veinticinco dólares, con ochenta y cuatro centavos, según lo aprobado con los documentos presentados. En quinientos dólares se fijan los honorarios a pagar al defensor de la acusadora particular. Se confirma la inocencia de MÓNICA CATALINA RIVAS CALLE, ecuatoriana, nacida en Cojitambo cantón Azogues, domiciliada en Cuenca, de treinta y un años de edad, casada, licenciada en Turismo; portadora de la cédula de ciudadanía x. Se confirma la inocencia de ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA, ecuatoriano, nacido en Yaruquí del cantón Quito, domiciliado en Girón, de veintinueve años de edad, soltero, empleado privado, portador de la cédula de ciudadanía x. Con respecto a los absueltos a la acusación particular, no se la considera temeraria ni maliciosa. Se deja constancia de no haber

observado indebidas actuaciones del Fiscal, ni de los abogados intervinientes. **Hágase saber.**

f.) **Dra. Sonia Cárdenas Campoverde, Dr. Arturo González Montesinos, Dr. Efrén Paredes Roldán, Jueces.**

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio nro. 053-12

Jueza Ponente: Dra. Alexandra Merchán González.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y TRÁNSITO. Cuenca, 27 de junio del 2012. Las 10h27.

VISTOS: La presente causa ha subido en grado en virtud del recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales; así el señor representante de la Fiscalía General del Estado interpone dicho recurso en cuanto a la sentencia que confirma la inocencia de los ciudadanos Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla; por su parte el procesado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, recurre al no encontrarse de acuerdo con la sentencia condenatoria en su contra dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay; y, por último, interpone también recurso de apelación la acusadora particular María Isabel Calderón Mora de la sentencia indicada en lo relacionado a la declaratoria y confirmación de inocencia de Andrés David Gómez Pulla y Mónica Catalina Rivas Calle, así como respecto a la parte resolutive del fallo en la que se impone a Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo el pago de daños y perjuicios a la acusadora en un valor irrisorio. Radicada la competencia en esta Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en virtud del sorteo electrónico practicado y por haber prevenido en su conocimiento; para resolver se considera: **PRIMERO: COMPETENCIA:** Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos interpuestos por el sorteo electrónico practicado cumpliendo lo dispuesto en el art. 160 del Código Orgánico de la Función Judicial y por haber prevenido en su conocimiento. **SEGUNDO: VALIDEZ DEL PROCESO:** Las partes no han presentado alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o cuestiones de competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso de conformidad con lo estatuido en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, al no haber violación al trámite inherente a la causa, como tampoco omisión de solemnidad sustancial que lo vicie, se declara su validez. **TERCERO: CALIFICACIÓN DEL RECURSO:** Antes de entrar en el análisis del asunto principal es imperativo y como cuestión previa, resolver sobre la admisibilidad de recurso. Al respecto cabe establecer: a) La sentencia en referencia e impugnada es susceptible de apelación de conformidad con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; b) El recurso ha sido fundamentado por cada una de las partes recurrentes, cumpliendo lo previsto en el art. 344 del Código Adjetivo Penal. En consecuencia, esta Sala admite el recurso al trámite por haber sido legalmente interpuesto. **CUARTO:**

ÁMBITO DE LA LITIS: De conformidad con el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal en la etapa de juicio se practican todos los actos procesales necesarios para comprobar, conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo; asimismo establecer la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado según el art. 252 del Código de Procedimiento Penal imperativamente se deben desprender de las pruebas de cargo y descargo aportadas por los sujetos procesales, y con ellas deben probarse todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso por cualquiera de los medios previstos en el Código de Procedimiento Penal. Las normas legales contenidas en los artículos 85, 86, 87 y 88 *ibídem* establecen que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. Esta prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Las presunciones que obtenga el Juez o Tribunal en el proceso, estarán basados en indicios aprobados, graves, precisos y concordantes. Para que los indicios puedan presumir el nexo causal entre el delito y su responsable es necesario que: **1)** La existencia de la infracción se encuentre probada conforme a derecho; **2)** Que la presunción se fundamente en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones y; **3)** Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: **a)** Varios; **b)** relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; **c)** Unívocos, es decir que todos conduzcan a una sola conclusión; y, **d)** directos, de modo que lleven a establecerla lógica y naturalmente. Por último, la prueba sólo tiene valor si ha sido solicitada, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones del Código Adjetivo Penal, así lo dispone el artículo 83 *ibídem*. **QUINTO: TEORÍA DEL CASO:** La Teoría del caso puesta en escena por la Fiscalía y la acusadora particular sostiene que el día 11 de febrero del 2011, alumnos de la escuela Espíritu de Sabiduría dirigidos por su profesor Guillermo Sánchez Arévalo se han dirigido hasta el cantón Girón, cumpliendo una visita a la Victoria del Portete y a la casa de los Tratados para luego dirigirse al Chorro. Esta salida se produce sin la autorización de la Dirección de Educación. Cuando han llegado a este parador turístico de El Chorro proceden a visitar la primera cascada para luego de bajar de aquella dirigirse a la segunda en donde por falta de precaución, negligencia por parte del profesor Sánchez Arévalo y al no existir en el lugar la señalización necesaria y el cuidado debido de parte del profesor hacia todos sus alumnos, el menor NN, sin que su maestro se percate siquiera se ha distanciado de su compañero, para luego resbalar, generar una grave caída y fallecer. **SEXTO: PRUEBAS:** De las pruebas aportadas en la audiencia pública, relacionada con la prueba material de la infracción y la responsabilidad de los acusados se tiene: **A)** Prueba documental abundante constante en: **A.1.** Expediente de investigación efectuado por funcionarios de la Dirección de Educación al centro educativo y directivos involucrados. **A.2.**

Documentación varia relacionada a actos y negocios jurídicos en los que ha intervenido la I. Municipalidad del cantón Girón y vinculada con el complejo turístico El Chorro. **A.3.** Recortes de noticias respecto al caso y que han sido publicadas en periódicos locales. **A.4.** Parte Policial. **A.5.** Informe de autopsia del menor fallecido NN. **A.6.** Dos tickets de ingreso al Parador Turístico El Chorro. **A.7.** La propuesta efectuada por Allacamac Tours al Municipio del cantón Girón. **A.8.** Informe de Gestión del Parador Turístico del Chorro. **A.9.** Registros Oficiales y documentación del Ministerio del Medio Ambiente. **A.10.** Varias fotografías. **A.11.** Varia documentación relacionada al Ministerio de Educación y acuerdos ministeriales. **A.12.** Informes de Reconocimientos del Lugar. **B)** Como prueba testimonial se recepta el testimonio de: **B.1.** La acusadora particular María Isabel Calderón Mora quien en lo medular da a conocer cómo ocurrieron los hechos antes del fatal acontecimiento en donde falleciera su hijo de 12 años de edad, comentando que se enteró de aquella fatal noticia por parte de la directora de la escuela; expone que se enteró de que aquel día el lugar de los hechos estaba resbaloso, con neblina, que llovía pero que a pesar de aquello el profesor Sánchez les llevó por el sendero resbaloso, que han estado tres adultos y quince niños y nadie tuvo precaución de averiguar quién de los niños faltaba. Que igual supo que Mónica Rivas y Adrés Pulla no proporcionaron ninguna información, indica que las fotos en donde se ve a su hijo con un machete y escalando un poste las obtuvo de su teléfono celular. **B.2.** Testimonio de los menores Sheila Berenice Abril Mogrovejo, Michelle Fernanda Castro Córdova, Andrea Estefanía Cabrera Bermeo, Luis Miguel Elizalde Regalado, Daniel Fernanda Serrano Vera, todos compañeros de NN, quienes con similitud indican en lo medular que cuando llegaron a la primera cascada existía algunos letreros y que el camino no era para perderse, en tanto que en la segunda cascada no existía señalización, había un arroyo por donde tuvieron que cruzar con ayuda de los mayores, sin recordar si NN venía de bajada, dándose cuenta que faltaba ya al llegar abajo. **B.3.** Testimonio de Talía del Cisne Ureña Rivas y Wilmer Javier Ureña Rivas, quienes exponiendo por separados dicen que no fue un paseo sino una visita, que el profesor Sánchez ha dado instrucciones a los niños de que no corran y que no se empujen. El profesor dio clases en el primer chorro bajando luego a servirse alimentos, disponiendo luego Guillermo Sánchez subir a la segunda cascada, expone Wilmer Ureña que de regreso al llegar al punto de partida los bomberos preguntaron si no faltaba alguien del grupo, dándose cuenta que NN no estaba, expone así mismo que la segunda cascada no tenía señalización. **B.4.** Testimonio del Doctor Jaime Alberto Pacheco Solano, médico legista designado para la práctica de la autopsia médico legal al menor NN, quien en lo medular expone que la causa de la muerte del menor fue a consecuencia de politraumatismos, hemorragia aguda, destrucción de centros vitales, demostrando esos múltiples signos de violencia que fueron ocasionados en un suceso tipo precipitación física, que significa haber caído de una altura

superior a la estatura de la persona, sin haber encontrado agua en los pulmones. **B.5.** Testimonio del Policía Anderson Edgar Villareal Puente, designado para efectuar la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, ratificándose en su informe da a conocer que en el ingreso al parador turístico El Chorro observó dos letreros preventivos, que esta cascada El Chorro es de ciento diez metros de altura ingresando por un puente de madera en donde se observan varios letreros siendo en este lugar en donde se le indicó había sido encontrado el cuerpo sin vida del menor NN. **B.6.** Testimonio del Policía Ítalo Alejandro Jiménez Gallegos, manifiesta que actuó en otra diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos en calidad de perito, ratificándose en el informe entregado, en lo principal da a conocer que el acceso a la parte baja de la primera chorrera es un camino adecuado con gradería de tabla, existen postes de madera que sirven de protección, habiendo observado la existencia de varios letreros con advertencias de los peligros, que luego para acceder a la parte alta de la primera chorrera y segunda chorrera se debe tomar otro camino a la altura del kilómetro cuatro de la vía Girón - El Chorro y a doscientos metros de distancia de la entrada principal. No se han observado ni señales ni letreros que adviertan peligros más que un pedazo de tela vieja de color morado, en este acceso a la parte alta de la primera chorrera se encuentra una pendiente, con un camino pedregoso, presencia de agua y lodo, existiendo una distancia aproximada de un metro hacia el vacío, en el trayecto debe cruzarse un río para continuar hacia la segunda chorrera, existe un camino fuera del sendero que conduce al filo de la peña, que evidenció sectores por donde se podía caer ni no se conoce el lugar, existe mucha vegetación. En la primera parte observada no existían problemas para que puedan transitar niños. **B.7.** Testimonio del Policía Julio César Castro Zaruma, quien ha manifestado haber sido designado para efectuar otro reconocimiento del lugar de los hechos, habiéndose basado su informe en el camino de herradura que conduce a la segunda cascada, a donde se llega pasando por una quebrada de seis metros de ancho, indica que ese lugar no es de fácil accesibilidad por la quebrada y vegetación de los costados que es muy tupida, no observó letreros de información en ningún momento del recorrido. **B.8.** Testimonio de Edgar Aguirre Tirado, quien da a conocer que fue anteriormente administrador del parador Turístico El Chorro, que en esa época sí se daba charlas sobre seguridad y acompañamiento a los turistas. **B.9.** Testimonio de Olga Bravo Vidal quien manifiesta que estuvo el día de los hechos en El Chorro junto con familiares, que ese día el clima estaba lluvioso y había neblina. **B.10.** Testimonio de Ruth Beatriz Rosales Brito, quien ha dado a conocer que es profesora que el día de los hechos se encontraba de turismo con niños de la escuela Hernán Cordero, que el día mencionado se encontró por varias ocasiones con el profesor Guillermo Sánchez que hacía el mismo recorrido con sus alumnos, expone que aquel día en El Chorro estaba bastante llovido, por lo que hizo con sus alumnos una visita corta haciendo una observación a una distancia pruden-

dencial retornando al parador, que ella no conoce la segunda cascada. **B.11.** Testimonios de Mónica Pedroza Maxi, Patrio Aurelio Pesántez Luzuriaga, quienes por separado han manifestado que formaron parte de la comisión encargada de investigar el hecho que produjo el fallecimiento del niño NN, dando a conocer en lo medular que lo que se encuentra prohibido son las giras y paseos más no actividades extracurriculares. **B.12.** Testigo Diana Rosario Vera Maldonado, madre de familia que hace conocer que el día de los hechos acompañó a su hija, al llegar a la segunda cascada expone que existía una lluvia intermitente y un poco de neblina, un riachuelo que no representaba peligro alguno, que el trayecto demoró más o menos una hora y cuarto, al llegar en la parte baja dijeron que algo pasaba. **B.13.** Testimonio de Ana Isabel Calderón Riquetti, quien ha expuesto que es rectora del establecimiento educativo Espíritu de Sabiduría, que las actividades efectuadas el día de los hechos constituyen actividades curriculares y por lo tanto no están sujetas a la autorización de la Dirección de Educación, ella al enterarse de lo ocurrido con NN fue la encargada de comunicárselo a su madre. **B.14.** Testimonio de Policía Kelvin Genaro Sanango Bravo, quien ha manifestado que acudió al llamado de auxilio en el sector de El Chorro observando a los bomberos llevando un cadáver, por lo que tomó contacto con el profesor que había estado buscando al menor verificando que se trataba de su alumno. **SÉPTIMO:** De la prueba que se ha aportado la misma que esta Sala ha examinado exhaustivamente y consideraba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica regulada en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y a la luz de la lógica jurídica, podemos concluir que de los informes y peritajes que se han hecho mención en el considerando anterior queda comprobada de manera fehaciente la existencia de la infracción, en cuanto a la responsabilidad del acusado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, la misma queda comprobada en forma incontrastable con los testimonios a los que se han hecho referencia en el acápite anterior, así como con la prueba documental judicializada en la Audiencia Pública, en tanto que en lo referente a los acusados Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla ello ha quedado desvanecido igualmente con la prueba de descargo evacuada legalmente en la Audiencia Pública, así los testimonios presentados y la prueba documental presentada que dan cuenta y verdadera certeza a esta Sala que los mencionados ciudadanos no han efectuado omisión y/o acción alguna que lleve a la producción de los verbos rectores del tipo penal homicidio inintencional sin existir por lo tanto el nexo causal que la ley determina para sancionar una conducta. El o los hechos en que han fundado tanto el señor fiscal como la señora Acusadora Particular su recurso de apelación en cuanto a dichos ciudadanos se basan en que a decir de los recurrentes estos acusados tenían la obligación de impedir que se efectúe la excursión, existiendo falta de previsión, imprudencia y deber de cuidado, prueba de ello está la documentación judicializada en la audiencia pública con la que se demuestra que Rivas Calle como administradora de

Allpacamac Tours no cumple con la propuesta técnica en la que, entre otras cosas, determina la señalización y personal de guías, incumplimiento que se traduce en la imprudencia y falta de previsibilidad con la que obra en el lugar cuya administración se le ha confiado, empero queda demostrado que este deber no le competía al acusado Andrés David Gómez Pulla siendo aceptables sus alegaciones en cuanto a que aquel no ostentaba la calidad de guía turístico o similares siendo únicamente el encargado de la guardiana, cuidado y limpieza del Parador Turístico El Chorro, no era deber como obligación jurídica el otorgar indicaciones, por otro lado, el peligro corrido que aumentó el riesgo fuera del permitido no ocurre en la circunscripción del Parador Turístico El Chorro sino fuera de su administración y por tanto fuera también de la responsabilidad de sus representantes y administradores como efectivamente ha quedado sin lugar a dudas probado.

OCTAVO: La defensa del acusado Guillermo Sánchez Arévalo tanto en la audiencia pública como en la audiencia oral, pública y contradictoria llevada a cabo en esta Sala ha manifestado que la muerte del menor NN no puede atribuirse a ninguna actuación negligente de su defendido, no existe delito culposos, aquel es producto del infortunio, de la fatalidad y del riesgo que asumió el menor. Esta visita del once de febrero al sector El Chorro fue para aprendizaje ecológico, no se trata de un lugar inhóspito, existe un sendero definido protegido por vegetación, según la teoría de la imputación objetiva, todas las actividades humanas implican riesgos, denominados riesgos permitidos o aprobados, esta teoría considera la previsibilidad, el deber de cuidado y hasta el deber de autoprotección combinada con este riesgo permitido; estos riesgos no implican delitos culposos, siendo este el caso concreto, esta visita al Chorro está dentro de estos riesgos permitidos, el profesor Guillermo Sánchez Arévalo cumplió con el deber de cuidado, dio las respectivas indicaciones y precauciones que debían tomar los menores entre ellos NN, pero se debe considerar que este deber de autoprotección de la víctima que lastimosamente no cumplió, pues no se trataba de un niño pequeño, era un jovencito de doce años que de acuerdo a la Ley está en capacidad de razonar sobre el peligro, el profesor Sánchez Arévalo actuó con la confianza debida, ello incluso por cuanto ya tenía experiencia al haber estado en varias ocasiones anteriores en El Chorro y conocía el sector, asegurando que dicho acusado no incrementó el riesgo con lo que se haya producido el resultado muerte, no se pudo prever dicho resultado. Dos elementos deben concurrir al deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido y el incremento de ese riesgo. La víctima se puso en peligro desde mucho antes, pues horas atrás ya tomó y jugó con un machete, es decir violentó su deber de autoprotección; se busca responsabilidad a través de concausas lo que no es aplicable en los delitos culposos, pues el desvalor de la acción se debe hacer de la acción misma que produce el resultado. Al respecto se manifestó ya en considerando anterior que luego del estudio y análisis efectuado al proceso queda comprobada de manera fehaciente la existencia de la infracción, así como la respon-

sabilidad del acusado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, en el tipo penal contenido en el artículo 459 del Código Penal, es decir, de Homicidio Inintencional, pues se ha demostrado que dicho acusado tuvo un completo dominio de lo acontecido lo que le permitía cumplir con su deber de evitabilidad, garantizando de esta manera la protección a sus alumnos, entre ellos NN, consecuentemente a criterio de la Sala, aquel de haber tomado las medidas prudentes y adecuadas suficientes no se hubiere llegado al fatal resultado que hoy se juzga. Se debe recordar que *“Perjuicios a bienes jurídicos sólo son evitables cuando la acción que los provoca puede ser dirigida de manera diferente a lo objetivamente acontecido; es decir, cuando por medio de una dirección -objetiva- la acción pueda tomar un rumbo -objetivo- distinto. Si no es posible evitar el perjuicio de un bien jurídico, mediante la renuncia a la dirección final que apunta a dicho resultado, esa evitación sólo será posible mediante otra dirección final, en una conducta que objetivamente reconozca y respete este bien jurídico; concretamente, en virtud de precauciones especiales que tiendan a impedir la lesión del bien jurídico, en otras palabras < deben utilizarse medios que permitan evitar la realización típica > Por consiguiente el tipo objetivo del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado...”* (Reinhart Maurach- Karl Heinz Gossel - Heinz Ziph. Derecho Penal - Parte General 2, pág. 141 -142) Análisis suscitado en el caso concreto que nos ocupa pues el acusado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo si bien es cierto al llevar a sus alumnos a dicha travesía curricular no infringió la ley ni tampoco desplegó acción típica y antijurídica alguna relevante para el Derecho Penal, sin embargo ya le sirvieron de antecedentes los acontecimientos previos a la visita al Chorro para comprender que en el grupo de estudiantes que dirigía menores—entre ellos NN- con comportamientos y actitudes que merecían una mayor atención de su parte, evidenciando aquello de hechos comprobados en autos como la utilización de un arma (machete), el escalamiento de alturas considerables en un poste, actos que inclusive por los testimonios rendidos se conoce que el mismo imputado llamó la atención al menor hoy fallecido, lo que exigía que Sánchez Arévalo en su calidad de Garante al ser el responsable por la seguridad de sus pupilos efectuará toda acción tendiente a protegerlos, empero efectivamente omite este deber de cuidado y en el preciso momento de decidir emprender la camita hacia la segunda cascada o chorrera **incrementa el riesgo**, pues ya no se trata únicamente del denominado riesgo permitido analizado por la defensa, pues este quedó en la excursión a la primera chorrera, sino un incremento de riesgo magnificado por el peligro que conllevaba la incursión a la segunda escala, peligro y riesgo marcado por varios factores como la no señalización en la ruta, lo pedregoso del camino, la inclemencia del clima ya en la hora en que se sube y baja de dicha chorrera, la falta de protección en los senderos, hecho que no ocurría o al menos era disminuido en la visita a la primera cascada en el parador turístico El Chorro. El imputado tenía la dominabilidad de esa acción de evitabilidad y no la desplegó

actuando negligente e imprudentemente al disponer la excursión a la segunda cascada, lo que hace ver incluso que fue más allá de su finalidad pues si en efecto estas visitas tenían un fin académico de enseñanza o aprendizaje ecológico, en el caso de visita al Chorro, de la naturaleza, no bastaba con la visita ya efectuada a la primera cascada?... Sin embargo desatendiendo su deber de cuidado e incrementando el riesgo, debiendo prever la posibilidad de que los seres humanos que se encontraban bajo su responsabilidad podían sufrir algún daño, dispone la marcha hacia el segundo chorro (cascada), es decir que el acusado Guillermo Sánchez Arévalo sí tuvo y mantuvo dominio sobre la previsibilidad, el riesgo permitido y el aumento del mismo. No cabe la tesis de que la víctima infringió su deber de autoprotección, ya que como se manifestó en líneas precedentes el imputado conocía y/o pudo percatarse en las incursiones del día de los hechos que NN era un niño hiperactivo, descuidado y que por lo tanto merecía mayor atención y cuidado siendo su deber inclusive por estos antecedentes tenerlo a su lado o, lo más correcto, no arriesgarlo como en efecto se omitió, lo que produjo su fallecimiento, el imputado nunca debió confiarse excesivamente como lo hizo, no cabe la confianza debida que manifiesta la defensa conociendo la inquietud de los niños en especial de NN. En el caso que nos ocupa la muerte sin lugar a dudas fue provocada por una conducta descuidada objetivamente evitable, es irrelevante si el lugar era o no peligroso, pues ello encierra el riesgo permitido que se trató ya en líneas precedentes, lo relevante en sí es la acción desplegada por el hoy acusado Sánchez Arévalo que, incrementando el riesgo, dispuso la incursión a la segunda chorrera lugar en donde se produce el fatal desenlace, de ahí como lo manifiesta Welzel, que siempre el objeto de la infracción al deber de cuidado está constituido por una acción concreta, complementando aquello Maurach quien afirmaba que el objeto de la infracción del deber de cuidado no es la actividad en su conjunto, en cuyo marco acontecen los perjuicios de bienes jurídicos, sino solamente la acción concreta que conduce a dicho daño. Concluyendo, la tesis sostenida por la defensa en la teoría de la imputación objetiva, –pero desde su punto de vista–, no es compartida por esta Sala, pues de las pruebas evacuadas y que se han hecho mención en el presente análisis esta imputación objetiva desde nuestro criterio requiere de un acontecimiento fáctico a imputar como lo es la muerte del menor NN, acontecimiento constituido por la provocación de una situación de peligro con infracción del deber de cuidado, hecho provocado por la falta de previsión, imprudencia y negligencia desplegados por el acusado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo. **NOVENO: RESOLUCIÓN:** Por las consideraciones expuestas y habiéndose comprobado tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del procesado GUILLERMO LAUTARO SÁNCHEZ ARÉVALO, existiendo para la Sala certeza de dicha responsabilidad, no así en cuanto a los acusados Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla, esta Primera Sala Especializada de lo Penal de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del

Azuay “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **desecha** íntegramente los recursos interpuestos por el Señor representante de la Fiscalía General del Estado y de la acusadora particular en relación a la inocencia ratificada a su favor por el Tribunal A quo, confirmando en esa parte la sentencia absolutoria emitida en beneficio de los ciudadanos **MÓNICA CATALINA RIVAS CALLE y ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA** y, consiguientemente, su **inocencia**; se **desecha** igualmente el recurso de apelación interpuesto por el acusado **GUILLERMO LAUTARO SÁNCHEZ ARÉVALO** y se **confirma** la sentencia condenatoria dictada en su contra, reformándola en cuanto a la pena impuesta, sancionándolo con la pena de prisión de SEIS MESES y en consideración a las atenuantes demostradas se la rebaja a la pena de prisión de **TRES MESES**. En lo demás, se **desecha** también el recurso planteado por la acusadora particular, respecto al monto de los daños y perjuicios establecidos a su favor por el inferior y se confirma totalmente la indemnización que por tal concepto el Tribunal A quo lo impuso al acusado, señor Sánchez Arévalo en la sentencia recurrida, en consideración a lo que se ha justificado al respecto en autos por la acusadora particular y a la naturaleza de la infracción que se sanciona mediante esta resolución. De la misma manera se confirma la multa impuesta por el Tribunal A quo al señor Sánchez Arévalo. Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de Ley. En virtud de la acción de personal nro. 172-DDCNJA-08, actúe la Dra. María Lorena Palacios como Secretaria Relatora Interina. **Notifíquese.**

f.) **Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña, Dr. Víctor Llerena Maldonado, (V.S.), Dra. Alexandra Merchán González, Conjuces.**

VOTO SALVADO

Juicio nro. 53-2012

Juez Ponente: Dr. Víctor Llerena M.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y TRÁNSITO. Cuenca, 27 de Junio del 2012. Las 10h27.

VISTOS: El presente proceso sube en grado, en virtud de la apelación realizada por el Fiscal MATEO RÍOS CORDEIRO, por la acusadora particular MARÍA ISABEL CALDERÓN MORA, el imputado GUILLERMO LAUTARO SÁNCHEZ ARÉVALO, de la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, que por el sorteo legal correspondiente debe ser conocido y resuelto por la Primera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia, que para hacerlo, considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver sobre el recurso interpuesto, al amparo del art. 178.2 de la Constitución de la República, art. 208.1 del Código

Orgánico de la Función Judicial, art. 17.3 del Código de Procedimiento Penal y por el sorteo de ley. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL:** En el trámite de la causa se han observado las normas del debido proceso. En consecuencia, al no haber violación al trámite inherente a la causa y tampoco omisión de solemnidad sustancial alguna que lo vicie, se declara su validez. **TERCERO:** Antes de entrar en el análisis del asunto principal, es imperativo -como cuestión previa- resolver sobre la admisibilidad de los recursos interpuestos. Al respecto cabe establecer: **a)** que el fallo en referencia es susceptible de apelación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; **b)** Los recursos han sido interpuestos dentro de los tres días de notificada la resolución, atento a lo dispuesto en el artículo 344 *ibídem*; y, **c)** Los recurrentes han fundamentado debidamente su recurso cumpliendo así el mandato contenido en el mismo artículo 344, inciso primero del Código Adjetivo Penal. En consecuencia, esta Sala admite los recursos a trámite por haber sido legalmente interpuesto. **CUARTO: HECHO ATRIBUIDO POR EL FISCAL:** El Fiscal, Dr. Mateo Ríos, en la audiencia de fundamentación, manifiesta: El día once de febrero de dos mil once el grupo de alumnos de menores de edad de la Escuela Espíritu de Sabiduría de la ciudad de Cuenca, bajo la responsabilidad de su maestro Guillermo Lautaro, hicieron visitas algunos lugares del cantón Girón de la provincia del Azuay, como son a Portete de Tarquí, a la Casa de los tratados y finalmente al Chorro; en éste último lugar visitaron la primera cascada y luego accedieron a una segunda cascada y al bajar el menor de edad y alumno NN, cae en precipitación desde el inicio de la primera cascada, desde una altura de aproximadamente unos ciento diez metros consecuencia que fallece. Que la visita no contaba con la autorización de la Dirección de Educación. El sector del Chorro es de propiedad de la I. Municipalidad del Cantón Girón y constituye un sector turístico administrado por la empresa Allpacamac Tours, cuya Gerente es la señora Mónica Rivas Calle, y con el guía el señor Andrés David Gómez Pulla. Que tanto el profesor como la gerente administradora y el guía no tomaron las precauciones respectivas, pues faltaron a su deber de cuidado lo que conllevó desafortunadamente a la muerte del menor mencionado, por lo cual les acusa amparados en los arts. 459 y 460 del Código Penal⁵. **QUINTO: PRUEBA DE CARGO:** En la audiencia de juicio, el Agente Fiscal práctica las siguientes pruebas como fundamento de su hipótesis acusatoria. **a) Prueba Testimonial: 1. María Isabel Calderón Mora (Acusadora),** quien en lo fundamental señala que tres días antes de los hechos recibió una nota de la escuela pidiendo autorización para ir a la casa de los tratados en Girón, que se le de cinco dólares para cubrir gastos de movilización y refrigerio,

pero no se le indicó nunca de ir al Portete peor aún no se dijo nada de visitar la Cascada El Chorro, un día antes mi madre se fue al colegio para dar al profesor dándole la plata (**sic**), día antes hubo una reunión, donde no estaba el profesor. El once de febrero mi hijo se despidió para irse, como todos los días, desde las tres de la tarde empecé a llamar al niño, hasta que a las seis de la tarde llegó la Directora del Colegio con María José Calderón, sin poder determinar claramente que pasó, si era con mi hijo u otros niños. No se me dijo donde estaba para poder ir a verle, la directora no me dijo exactamente qué pasaba con mi hijo hasta que pasó media hora y recién en ese momento se me indicó que mi hijo estaba muerto. No tenía autorización como actividad curricular. Se le ha puesto la mayor sanción a una directora, tres meses de suspensión. Mi hijo se llevó a la chorrera (**sic**) le dio de comer a la una, sé que tuvieron un susto porque ya se les perdieron unos chicos, también me enteré de que una profesora de otro colegio y una señora le advirtieron al profesor porque estaba resbaloso, lluvioso y neblina densa, le llevó por camino angostos, cerca de precipicios, mi hijo no estaba con ropa ni zapatos adecuados; mi hijo estuvo asustado con frío ya que no estaba preparado. Todos los niños fueron maltratados. Sé que dos niños se retiraron con mi hijo a orinar, y nadie se percató de que mi hijo no regresó. Sé que se escuchaba gritos de mi hijo pidiendo auxilio, pero que no le dieron importancia porque creyeron que era de otro colegio. María Fernanda Barros, es hermana de unos de los niños que estaba allí, mediante chateo me dijo, que el lugar por el clima estaba pésimo, porque mi hijo estaba adelante, pero no se le veía. Hay fotografías que me llaman la atención, como una de mi hijo con un machete, lo que se demuestra que mi hijo estaba en constante peligro. Mi hijo del informe forense que tuve se cayó de más de ciento cincuenta metros. **2.** Los menores de edad, niños Benice Abril Mogrovejo, Michael Fernanda Castro Córdova, Andrea Estefanía Cabrera Bermeo, Luis Miguel Elizalde Regalado, Daniela Fernanda Serrano Vera, Nicole Lacey Sánchez Barrera, María del Cisne Ureña Rivas, en sus declaraciones expresaron los siguientes hechos, importantes que valen destacar como son: el once de febrero del 2011, Guillermito nos indicó que no debemos correr, que no nos empujemos. Luego rezamos. Fuimos a Portete, luego a la casa de los tratados y llegamos al Chorro, donde Guillermito de nuevo nos indicó que no nos empujemos, que no corramos, que no estemos peleando. Luego subimos al primer chorro y luego al segundo chorro, en éste segundo camino no había carteles, siempre con el Guillermito, ahí nos tomamos fotos, Guillermo nos explicó las plantas. Cuando bajamos lo hicimos con Guillermito al último, luego fue otra persona al medio y una última al principio. Al momento de llegar al primer chorro nos enteramos que un compañero se había accidentado.

⁵ Código Penal. Art. 459. Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro. Art. 460... (Reformado por el art. 127 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002). El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más 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 Norte América.

Fuimos acompañados de tres padres de familia que tienen los nombres de Fernanda, Diana y el señor Javier, que también están a nuestro cuidado. El camino no era peligroso. El arroyo que pasaron era bajo, por alrededor de los tobillos y la canilla, cruzar ese tipo de arroyo no representa algún peligro. Alrededor del camino hay arbustos. No estaba muy cerca la caída del primer chorro del agua, del camino que nosotros caminamos. El clima era normal. Que estaban con ropa de educación física y zapatos deportivos. **3. El menor Wilmer Javier Ureña Rivas**, fui en vehículo particular con otros padres de familia, los niños se bajaron se formaron y el profesor Guillermito impartió instrucciones de que no corran que no se empujen, y que tengamos precauciones. Se subió la primera cascada, ahí nos dio el profesor una clase. Bajamos a la hostería comimos refrigerio. Luego subimos a la segunda cascada, yo al frente, las madres de familia al medio Guillermito al final. El clima estaba un poco nublado al inicio cuando llegamos, luego se aclaró la visibilidad. No había señalización para subir a la segunda cascada. Yo llegué al último de la bajada de la segunda cascada. **4. Edgar Alberto Aguirre Tizado**, fue anterior administrador de local de restaurante y turismo de la primera cascada y que es del I. Municipio de Girón, daba charlas de seguridad, en especial a los niños. Con el trabajo el señor David Gómez Pulla, hacía funciones de limpieza. La visita a la primera cascada no hay peligro, la señalización a la primera cascada lo hice yo. Desde que yo dejé la administración no hay señalización y solo dos rótulos de peligro. **5. Olga Bravo Vidal**. Señora que se encontró en el chorro, visitando con otras tres personas y no recibieron ninguna información. Pagaron pero no tuvieron información. El trayecto era llovido, había neblina. El trayecto estaba peligroso. Luego me enteré de que había habido un accidente en la chorrera. **6. Ruth Beatriz Rosales Brito**, profesora de Turismo, y con sus alumnos visitó el chorro, el día 11 de febrero del 2011, me encontré con el profesor señor Guillermo Sánchez, en Portete y en la casa de los Tratados de Girón, en donde, di mi clase luego de la clase que ha impartido el profesor Guillermo. El Clima es muy variable, en pocos minutos se aclara o se nubla. No se ha ido a la segunda cascada. **7. Mónica Yolanda Pedrosa Maxi**, trabaja en la Dirección de Educación y realizó el trámite administrativo, por la muerte del niño del presente juzgamiento. La Coordinación Zonal 6 de la Dirección de Educación, propuso realizar comisión para que investigue la muerte del menor. Y yo fui parte de la misma. Y se solicitó varios documentos para determinar, si había la autorización para estas actividades extracurriculares. Y se verificó que el plantel no tenía, planificado esta actividad para el 11 de febrero del 2011. Con el informe la Ministra resuelve separarle al profesor definitivamente de la escuela y suspender a la directora. Dice que el sector es peligro, pero criterio vertido por referencia. **5. Patricio Aurelio Pesántez Luzuriaga**. Funcionario de la Dirección de Educación, no existe permiso para realizar actividades de paseo, y redacte oficio diciendo que queda prohibido realizar actividades como paseo, giras estudiantiles, caminatas y

otras. No puede determinar la peligrosidad del lugar porque no estuvo presente en ese lugar. Y que sabe que la Ministra, sancionó a la Directora y Profesor. Que no se prohíbe actividades extracurriculares. Y que la sanción es administrativa si no se cumple con la prohibición determinada. **6. Diana Rosario Vera Maldonado**. Fue una de las madres acompañante, madre de la niña Daniela Fernando Serrano Vera, y como mayores también la señora Fernanda Barros y Wilmer Ureña y el Profesor Guillermo Sánchez. El clima lloviznaba un poco, se aclaraba y nubla un poco (**sic**). El camino no era cansado. A bajar de la segunda cascada, Fernanda venía primero, yo al medio y al último venía el profesor y Wilmer Ureña. Cuando llegamos abajo nos dimos cuenta de que alguien había caído. **7. Ana Isabel Calderón Riquetti**. Rectora de la Unidad Educativa Espíritu de Sabiduría, para salidas curriculares no se necesita permiso. Estas salidas son salidas curriculares, quien da la autorización es la coordinadora y luego yo. **8. Kevin Genaro Sanango Bravo**. Policía que asistió al llamado de auxilio del sector del Chorro, ya que existía un muerto; ahí encontramos a los bomberos de Girón, que trasladaba al muerto y tuvimos contacto con el profesor y que se encontraba buscando a una criatura que se le había extraviado. Le pedimos que verifique si el muerto no era el extraviado, y en ese momento se dio cuenta que era el niño que buscaba. **Prueba material: 1.** Expediente de investigación realizado por el Ministerio de Educación. **2.** El Plan de recurso naturales de la micro cuenca El Chorro. **3.** Recorte de Diario el Mercurio. **4.** Parte Elevado por el Policía Kevin Sanango Bravo. **5.** Autopsia realizada por el doctor Jaime Pacheco. **6.** Propuesta técnica realizada Allpacama Tours. **7.** Contrato de Prestación de servicios entre el Municipio de Girón y la señora imputada. **8.** Registro Oficial, dado por el Ministerio de Ambiente. **9.** Fotografías. **10.** Plan de observación didáctica. **11.** Acuerdo dado por el Ministerio de Educación y Cultura, incumplido. **12.** Conclusiones de la comisión que llevó a cabo el proceso administrativo de la Dirección de Educación. **13.** La sanción impuesta a la Directora del establecimiento y la sanción al profesor Sánchez. **14.** Actas de tres reconocimientos de lugares de los hechos. **Prueba Pericial: 1. Jaime Pacheco Solano**, perito médico legal, describe las lesiones, que son lesiones similares por una precipitación, que es más altura del plano, politraumatismo, hemorragia aguda, destrucción de órganos importantes. **2. Anderson Villareal Puente**, es perito de criminalística, hizo el reconocimiento de lugar, describe carteles. El día que hizo el reconocimiento estaba lluvioso y en esa época el clima estaba lluvioso, en esos días. Que no subió a la segunda cascada, ni subió al inicio de la primera cascada. Su cálculo de altura de la primera cascada es al ojo. **3. Julio César Castro Paruma**, es perito de criminalística de reconocimiento del lugar, realizó dos reconocimientos. Describe el lugar del reconocimiento. Describe el tramo del cruce del riachuelo expresando remanso caudaloso. El cruce del arroyo, no merece ningún peligro. La distancia del camino al inicio de la caída del agua, en la primera cascada 25 metros de distancia. No

hay camino entre el cruce y el inicio de la primera cascada, y por lo tanto hay que desviarse del camino, para acceder al inicio de la caída del agua. **4. Ítalo Alejandro Jiménez Gallagos.** Policía de Criminalística, de reconocimiento del lugar de los hechos, en términos muy similares a los del perito del número 3. **SEXTO: PRUEBA DE DESCARGO:** La defensa presenta la siguiente prueba: **A.** El imputado **GUILLERMO SÁNCHEZ ARÉVALO**, presenta como testigos a: **a) Gladys Yolanda Sarmiento Vidal**, madre de familia que conocía y sabía que había la actividad académica, y que ella dio la autorización. **b) Juan Fernando Pesántez Calle**, se realiza actividades extracurriculares desde hace aproximadamente unos doce años, así como el profesor Guillermo Sánchez. Que la institución autorizó que el profesor realice esta actividad extracurricular. **c) María Fernanda Barros Sarmiento**, manifestó haber acompañado a los alumnos en su visita, uno de ellos su hermano que es especial. Que visitaron el primer chorro todo está normal, que fueron al segundo chorro, el camino era bien marcado los adultos iban distribuidos en los niños. Que el profesor daba explicaciones y clase cuando llegaron a un reservorio. Que regresaron y se enteraron lo sucedido con el niño. **d) Edmundo Ricardo León Espinoza y Hugo Bolívar Arévalo Mosquera**, testigos de buena conducta. **Prueba Documental**, la siguiente: **1.** Certificación de la Dirección de Educación del Azuay. **2.** Programa de Educación. **3.** Certificación del rector Espíritu de Sabiduría, sobre actividad programada. **4.** Certificación de los padres de familia. **5.** Autorización de los padres de familia. **6.** Oficio suscrito por el doctor Juan Pesántez Calle. **7.** Certificaciones de conducta intachable del profesor Guillermo Sánchez. **8.** Antecedentes penales. **B.** El imputado **ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA**, presenta los siguientes testigos, a saber: **1. Henry Campoverde**, sostiene que es un visitante del chorro, que hacía prácticas de gastronomía, que para ir a la segunda cascada no le dieron indicaciones, que en ocasiones cuando ha ido ha recibido indicaciones de la señora Mónica Rivera y de David Gómez. **2. Ángel Guanoquiza**, quien manifiesta haber visitado por tres ocasiones la chorrera, que el firma el documento de descargo en el parador, que la visita a la primera cascada dura quince minutos, que la señora Mónica Rivas le da asesoramiento, pero que no recibió el servicio de guías. **Prueba documental 1.** Contrato de trabajo entre Allpacama Tours y él. **2.** Folleto de responsabilidad. **3.** El contrato entre Allpacama Tours y el Municipio de Girón. **4.** Los antecedentes penales. **5.** Dos informes de que no es guía turístico. **C.** La imputada **Mónica Rivas Calle**, presente a los siguientes testigos. **1. Sergio Patricio Padilla Verdugo**, manifiesta estar domiciliada en El Chorro que el ocho de febrero del dos mil once observa a un grupo de alumnos de quince aproximadamente que suben por terrenos colindantes a su propiedad, y que son de propiedad privada. Le consta que Mónica Rivas realizó gestiones con la comunidad para mejorar el sector de la segunda cascada. El clima es cambiante pero no por ello el sendero es peligroso. **2. Martha Beatriz Jiménez Marcatoma**, que cuando fue alcaldesa de Girón por

el período dos mil cinco a dos mil nueve, que el contrato de arrendamiento entre el Municipio de Girón y Allpacamac Tours, no incluye la segunda cascada porque los terrenos donde pasa no son de la propiedad de la Municipalidad de Girón, que antes el contratista fue Edgar Aguirre, pero no renovaron el contrato con él, porque resultó incumplido, según la comisión de turismo del Municipio de Giran. Testigos de Conducta, Wilson Medardo Mogrovejo Mosquera. Carlos Neptalí Calle. **Prueba Documental**, es la siguiente: **1.** Contrato de arrendamiento entre el Municipio de Girón y Allpacama Tours. **2.** Propuesto de manejo del área del Chorro. **3.** Plano planímetro del Chorro. **4.** Certificado notariado de los colindantes del riachuelo. **5.** Antecedentes Penales. **6.** Croquis. **7.** Certificado del registro de la propiedad de Girón. **D. Testimonio de los Acusados. Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.** El once de febrero del dos mil once salió con los alumnos de séptima de básica del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, del que era su profesor, a cumplir las actividades previstas y planificadas desde el inicio del año lectivo 2010-2011, las autoridades del plantel y padres de familia dieron su aprobación se trata de tres actividades académicas, para visitar el Portete de Tarqui, la casa de los Tratados y el chorro de Girón. Salió con quince alumnos y tres adultos en representación de los padres de familia, en cada una de ellas impartía la clase correspondiente. Al cumplir la tercera actividad llegaron al sector del chorro a la hostería los niños jugaron un rato se contactó con el acusado Andrés Gómez a quien le pagó por el ingreso a la primera chorrera, visitaron ese lugar y regresaron sin novedad. Se sirvieron los alimentos luego comenzaron el ascenso a la segunda cascada con los padres de familia intercalados. Llegaron al sitio que para continuar tenían que cruzar un arroyo donde impartieron clases de ciencias naturales. Continuaron a la segunda chorrera donde conocieron una toma de agua para potabilización. Los caminos para las chorreras son definidos, frecuentando por personas sin riesgos. El camino es sinuoso pero no peligroso y la visibilidad estaba normal. Al regresar cerca del carretero observó una ambulancia y dijeron que había ocurrido un percance preguntando si no era en su grupo. Es cuando se percató que NN no estaba. Y Willmer Ureña, le indicó que no vaya a buscar al menor, con lo que intuyó que la víctima era el menor y que estaba en el carro de la policía. **Andrés David Gómez Pulla**, quien manifestó que trabaja para Allpacamac Tours, y que el día once de febrero del dos mil once a la una de la tarde más o menos, estaba dedicado de labores de cocina con su jefa Mónica Rivas, llegó un grupo de quince alumnos con su profesor y les vendió los tickets, y él sabía, que ya conocía el recorrido a la primera cascada, luego le vio que tomó otro rumbo a la segunda cascada. Antes de que regresen como media la señora Mónica Rivas dijo que había escuchado gritos de auxilio (**sic**), luego el escuchó y hubo estruendo, se dirigió a la cascada y se encontró con niños que dijeron que alguien había caído, pero no vio nada, y llamaron a los bomberos con quien subió y vio debajo del puente el cuerpo del niño. Dijeron que era del grupo que había

subido a la segunda chorrera, pero ellos dijeron que estaban completos después creo que se dieron cuenta. No es guía de montaña. **Mónica Catalina Rivas Calle**, es representante de Allpacamac Tours, empresa que desde el año dos mil siete arrienda al Municipio de Girón el Parador Turístico El Chorro, las cabañas, las canchas y el trayecto a la primera cascada exclusivamente. Trayecto que es de propiedad privada, peor que el Municipio tiene el permiso de los dueños para usarlo, cuando Allpacama Tours, se hizo cargo o había señalización ni caminos definidos. Todo tuvieron que hacer para las actividades de conservación el Municipio cuenta con recursos pero hasta la primera cascada, hacia el sector de la segunda cascada transita la gente por su cuenta. Por ello incluso los dueños de los terrenos contiguos se sienten afectados, en su tranquilidad. El día once de febrero del 2011, llegaron varios grupos, y a eso de las 16h00 oyó gritos parecía de una niña, Andrés Gómez acudió a ver qué pasaba y escuchó un fuerte sonido, se había tratado de la caída de un menor. Luego se supo que el menor era del profesor Sánchez que subió a la segunda cascada. **SÉPTIMO: AUDIENCIA:** En la Audiencia de fundamentación ante la Sala, comparece el señor Fiscal William Sangolquí Picón quien luego de narrar los hechos por lo que acusa señala que los acusados Guillermo Sánchez Arévalo, así como Andrés Gómez Pulla y Mónica Rivas Calle, no tuvieron el suficiente deber de cuidado, faltando al mismo, produciendo como consecuencia de esto su negligencia que conllevó a la muerte del menor NN, por ello acusa por los arts. 459 y 460 del Código Penal. Por su parte la Acusadora, representada por su defensor doctor Ítalo Palacios, destaca en su intervención que el profesor, la gerente y el guía turístico pusieron en riesgo no sólo al menor que murió, sino a todos, pues se le hizo caminar por un sendero peligroso, con mucha piedra, mojado resbaloso, sin señalización, con un clima inhóspito, pues existía neblina, que no permitía una buena visibilidad, es decir no se tomaron las debidas precauciones; por el contrario se hizo evidente la puesta en riesgo, ya que no se respetó y se violentó el deber de cuidado que debía tener. Pues ellos debían, haber optado como otros grupos que estuvieron ese día en no subir por el camino peligroso, y quedarse únicamente en el parador turístico. El acusado Guillermo Sánchez, a través de su defensor luego de su exposición, destacó que su patrocinado no tenía responsabilidad, pues el profesor hizo las advertencias, tomó el deber de cuidado, y conforme la teoría de la imputación objetiva, hay dos elementos que destacar, en *primer lugar*, que el profesor debe dar las advertencias, pero no todas las posibles advertencias de todos los posibles riesgos pues sería indeterminables; y en *segundo lugar*, que la víctima también asume su responsabilidad, pues si ejecuta actos, no de los

previstos, la responsabilidad sería de ella. Además, no sólo el profesor estuvo obligado al deber de cuidado si no los padres de familia que fueron ayudar a contribuir con el deber de cuidado, ellos, también deberían estar llamados al presente proceso, pues, compartían esta obligación del deber de cuidado. En consecuencia, no hay responsabilidad de su patrocinado. El acusado Andrés Gómez Pulla, a través de su defensor, sostiene que no es guía, que él fue contratado como guardián conforme su contrato de trabajo y que por lo tanto, no tiene ninguna responsabilidad que si debes en cuando colabora en otras actividades con la gerente de la empresa de trabajo, no implica que esa sea su labor. Además, destaca que si entregaron una hoja donde se determina advertencias y los riesgos, por ello termina pidiendo se confirme su inocencia. La acusada Mónica Rivas Calle, a través de su defensor, destaca que la primera cascada está fuera de su esfera geográfica de influencia pues claramente se determina en su contrato, así como en las escrituras públicas a la que refiere. Exhibe un croquis en donde determina que su área de influencia conforme su contrato no abarca el inicio de la caída de agua de la primera cascada, por lo tanto, mal puede señalar un camino y lugares donde conforme su contrato no tenía influencia, por ello pide se declare su inocencia. **OCTAVO: ANÁLISIS DE LA SALA:** Al respecto la Sala Considera realiza las siguientes consideraciones: éste tipo de delito (delito imprudente) no ocupaba en el derecho penal un papel trascendente, es a partir de hechos tales como la industrialización en donde los automotores trajeron consigo el incremento de estas infracciones de orden penal; *“frente al aumento cuantitativo de éste tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba; las teorías penales la dogmática jurídico-penal se había desarrollado sobre el delito doloso, dejando prácticamente abandonado el delito imprudente”*⁶. Así pues *“la doctrina clásica (...), contemplaba a la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de culpabilidad a lado del dolo. En cambio según la concepción moderna, en caso de conducta completamente intachable del causante, ni siquiera se realiza el tipo del homicidio imprudente. Además, según ésta concepción moderna y que se ha vertido en casi una unanimidad, la imprudencia es un problema de tipo”*⁷. Es decir el delito imprudente no es una forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un especial tipo de acción punible. Con éste preámbulo podemos conceptualizar al delito imprudente. Valiendo antes destacar que el núcleo de este delito, está cuando la acción que el autor realiza no empata con la acción que debía realizar tomando el debido cuidado que objetivamente debía observar, es decir, la acción estuvo por debajo de la conducta adecuada a las circunstancias correctas⁸. Tomando en cuenta su núcleo,

⁶ MUÑOZ Conde Francisco, “Derecho Penal, Parte General”, Edt. Urant lo Blanch, 4ta. Edición, Pág. 320, Valencia 2000.

⁷ ROXIN Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Edt. Thomson Civitas, Traducido por Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1ra Edición, Reimpresión 2006, Pág. 997, España.

⁸ WEZEL Hans, Derecho Penal Alemán, edit. Jurídica de Chile, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ta. Edición, Chile 1993, Pág. 161 7 162... “La acción efectiva del autor se compara con el contenido comprobado para el cuidado requerido en el ámbito de relación. Toda acción que

podremos decir a este delito como “*aquel reproche al autor el que en la ejecución de una acción arriesgada -arriesgada por su propensión a producir un resultado desaprobado- no ha aportado la dirección final requerida para evitar ese evento, aun cuando cabía esperar que así lo hiciera: el injusto estriba en la fatal falta de cuidado. Esta falta de cuidado tiene dos puntos de partida; puede referirse a la previsibilidad del resultado, o a su evitabilidad; ahí radica la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente. Además, esta imprudencia es graduable; así, la imprudencia puede crecer hasta alcanzar una medida particularmente intolerable, esto es, la ligereza*”⁹; o en una forma más concreta diremos “*la acción desvalorosa, que consiste en la acción desarrollada violando el deber de cuidado y la previsibilidad objetiva, de modo que el desvalor de resultado parece como una segunda exigencia del injusto*”¹⁰. En conclusión, “el núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar”¹¹. En el presente proceso, debemos ver si se dio la divergencia entre la acción realmente realizada por los acusados (el profesor, gerente y guía) y la que él tenía que realizarlo en virtud de su deber de cuidado. Como se puede ver la concepción moderna del derecho penal (Roxin, Donna, Maurach, Muñoz Conde, Welzel entre otros) así como la jurisprudencia, en forma contundente determinan dos componentes del delito imprudente, sin los cuales no existiría, estos dos componentes son: **A)** la acción típica que se traduce en la violación del deber de cuidado y **B)** el resultado. Veamos el primero el DEBER DE CUIDADO, una concepción clara es la dada por “*Welzel, el comportamiento es objetivamente cuidadoso cuando se han considerado prudentemente las consecuencias de la acción proyectada, las que son reconocibles por una opinión sagaz, o, en otros términos es el comportamiento que desplegaría un hombre prudente e inteligente colocado en la misma situación del autor. Agrega que el cuidado objetivo en el caso concreto, está determinado por un punto de vista intelectual y por un punto de vista*

normativo. Debido a esto, cree que el concepto comprende, en primer lugar la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por el juicio de una persona inteligente, excluyéndose, por tanto los cursos causales no adecuados. El requisito de la Inteligencia, atribuido por Welzel al arquetipo en consideración, está referido no al individuo sabio, perito o instruido, a que alude la primera acepción del diccionario de nuestra lengua, si a la segunda, de ser dotado de facultad intelectual, esto es, de conocimiento, comprensión y entendimiento. En definitiva, describe un hombre común, corriente y normal y no a un hombre excepcionalmente dotado.”¹² **EL RESULTADO**, está íntimamente vinculado con el deber de cuidado, para juntos hacer nacer el delito imprudente, o si no es necesario el resultado y nos basta únicamente con el incumplimiento del deber de cuidado, para que exista delito. “*La cuestión de si el resultado pertenece también al tipo de los delitos imprudentes y no es únicamente una condición objetiva de punibilidad situada fuera del injusto. Una concepción reciente, que radicaliza el enfoque de teoría de las normas, pretende dejar tan sólo el desvalor de la acción (es decir la conducta imprudente) en el tipo, con el argumento de que se podría prohibir acciones, pero no resultados*”¹³. Esto se resuelve con “*la teoría del desvalor de la acción (conocida como teoría del injusto personal)*” que ha sido promovida sobre todo por el finalismo, pues, como según su concepción la finalidad dirigida al resultado es ya elemento integrante de la acción, aquella ha de tener asimismo una importancia central para el tipo y el injusto (...) Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado”¹⁴; así lo trata la doctrina actual en forma mayoritaria¹⁵. Puesto que, “*es incluso “erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma”, pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y si abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en*

quede por debajo de la conducta adecuada a las circunstancias o correcta en el ámbito de relación es típica, en el sentido de los delitos culposos. (...) Por el contrario, no es típica una acción que corresponde al cuidado requerido en el ámbito de relación. El ordenamiento jurídico no puede ordenar a nadie más allá de la observancia del cuidado requerido en el ámbito de relación, o si no tendría que vedar casi toda acción en el ámbito social: “Un deber limitado de omitir toda acción pueden producirse consecuencias perjudiciales previstas como posibles condenaría a los hombres a una inactividad absoluta”. (...) Con la observancia del cuidado objetivo desaparece el desvalor de acción. Cuando a consecuencias de una acción semejante se produce la lesión de un bien jurídico, ello significa una “desgracia, pero no un injusto”. (...) Según la concepción aquí desarrollada y que, entretanto, se ha convertido en teoría predominante, la lesión del cuidado objetivo y pertenece a lo injusto de los delitos culposos. Sólo luego que se ha comprobado la lesión del cuidado objetivo (y el desvalor del resultado ocasionado en su virtud) surge el problema de la culpabilidad en la medida que al autor se les puede reprochar la lesión del cuidado objetivo”.

⁹ MAURACH Reinhart, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, Traducido y notas de Derecho Español, Juan Córdova Roda, Edit. Jurídico Andina, Barcelona, Pág. 221.

¹⁰ DONA Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I; Edit. Rubinzal -Culzoni, 1ra. Edición, Editorial Civitas S. S. Buenos Aires, Argentina, 2006.

¹¹ Ídem, (1), Pág. 322-323.

¹² MAC IVER Luis Coousiño, “Derecho Penal Chileno”, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chilo, Pág. 827, 1975.

¹³ Ídem (2), Pág. 998.

¹⁴ Ídem (2), Pág. 320.

¹⁵ Ídem (1), Pág. 228 -229. “El desvalor de la acción (acción imprudente), no es, por sí, suficiente para detener una acción penal, sino que es preciso, además, que se conecten con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido; sobre la distinción desvalor de acción - desvalor de resultado...). Por el contrario, el resultado para ser imputado al autor de la sanción imprudente, debe estar en una determinada relación con esta y ser la consecuencia lógica del peligro inminente creado o incrementado ilícitamente por la acción misma. Por ello se puede decir que la acción objetivamente imprudente (es decir, la realizada sin la diligencia debida que crea o incrementa la forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca) es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la impugnación objetiva del resultado, que pertenece por tanto, a la propia esencia de la imprudencia.

su resultado típico. Jakobs, dice con razón: “En el ámbito de la comisión no se prescribe el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado: no existe un deber de manejar”¹⁶. Como se aprecia es evidente la vinculación estrecha que existe entre el deber de cuidado y el resultado¹⁷, pues, si no están los dos no podemos hablar de delito imprudente, así “el desvalor de resultado se asienta en la acción imprudente, como injusto mediato previsible, en palabras de Hirsch, y esto es lo que se imputa al autor, el algo más que evidente”¹⁸. Con esto podemos dejar en claro aquellas inquietudes y conjugaciones que se dan entre el deber de cuidado y el resultado, como son: A) si se cumple el deber de cuidado y no se produce el resultado; B) si se cumple el deber de cuidado y se realiza el resultado; C) no se cumple el deber de cuidado y no se produce el resultado; y, D) no se cumple el deber de cuidado y se produce el resultado. En el **primer supuesto**, no hay delito pues se cumplió el deber de cuidado y por este actuar debido no hay resultado, es decir las cosas se desarrollaron normalmente; en el **segundo supuesto**, por ejemplo si una persona conduce el vehículo y un individuo se lanza encima del coche, a pesar de estar respetando la velocidad prescrita y las normas de tránsito, no hay delito imprudente; pues el analizar la acción conforme el deber de cuidado, no produce un desvalor de la acción, y de acuerdo **con Welzel, eso sería una “desgracia, pero no un injusto”**: en el tercer supuesto, no hay delito, “*obsérvese que en el ordenamiento legal, si el resultado deja de producirse por obra del azar, la imputación no se realizará, ya que el ordenamiento jurídico no reprocha la sola violación del deber de cuidado. De éste modo se puede afirmar de manera categórica que lo que se valora de manera negativa por el orden jurídico no es solamente la acción realizada, sino que también se toma en consideración lo que el autor ha ocasionado mediante dicha acción de un modo previsible*”¹⁹, pues no se le reprocha al individuo el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado; en el **cuarto supuesto**, se da el delito imprudente, al cumplir los dos elementos fundamentales de éste tipo, siempre que entre los dos elementos exista una determinada relación entre la acción y el resultado que debe ser la consecuencia lógica del peligro inminente creado o incrementado por dicha acción típicamente ilícita, esto en razón de que se puede dar el caso de que un suicida

aproveche ese incremento del peligro para conseguir su cometido, en ese caso no se le puede imputar el resultado al que incumplió el deber de cuidado, pues el resultado se dio en razón de la actitud suicida. Con esta fundamentación teórica que la Sala consideró necesario hacerlo, vamos a bajar la teoría al presente proceso, vemos que el profesor Guillermo Sánchez, en primer lugar es un hombre con sus facultades normales, que preveyó los riesgos, y es así que dio instrucciones de cuidado a sus alumnos, pues con la declaración de los menores de edad²⁰, del menor púber²¹ de la madre de familia,²² se determina que el señor profesor dio en forma clara y precisa indicaciones a los menores, de que no corran, no se empujen, no peleen, indicaciones que las dio al salir de la ciudad de Cuenca, y en el sector El Chorro del cantón Girón; además cuando caminaban por el sendero se dispuso que los menores vayan encolumnados con un padre de familia delante de la columna, uno al intermedio y él al final. Por otra parte el camino conforme los peritos de reconocimiento de lugar, no ofrecen un mayor peligro, incluyendo el cruce de un riachuelo. No se puede exigir objetivamente conforme lo determina la doctrina, que la persona (que tiene el deber de cuidado) indique todas las posibles precauciones, pues, debe dar las objetivamente necesarias al riesgo; porque de lo contrario si tendría que dar todas las posibles precauciones, haríamos individuos que no podrían salir de casa, y si dejó de decir una precaución, se diría que se violó el deber de cuidado, lo cual es incorrecto. Además, como señalábamos que si se produce el deber de cuidado (como en el presente caso lo hizo el profesor Guillermo Sánchez), pero se da el resultado, es decir la víctima asume una actitud fuera del deber de cuidado, poniéndose él mismo en riesgo (la distancia entre el cruce del río y el inicio de la caída del agua de la primera cascada, hay una distancia de veinte metros aproximadamente, es decir la víctima tuvo que abandonar el camino por decisión propia, y ponerse él en riesgo) aquí no hay delito ejemplo si una persona conduce el vehículo y un individuo se lanza encima del coche, a pesar de estar respetando la velocidad prescrita y las normas de tránsito, no hay delito imprudente; pues el realizar la acción conforme el deber de cuidado, no produce un desvalor de la acción, y de acuerdo **con Welzel, eso sería una “desgracia, pero no un injusto”**. Es

Por tanto, en los delitos imprudentes de resultado lesivo debe mediar entre la acción imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar, una relación de causalidad, es decir, una conexión que permita imputar ya en el plano puramente causal ese resultado concreto que se ha producido al autor de la acción imprudente realizada. En los delitos imprudentes de peligro debe también haber una relación entre la acción imprudente realizada y el peligro grave provocado aunque éste no llegue a materializarse en un resultado lesivo. Estos dos componentes, previsibilidad objetiva y diligencia debida, son, al mismo tiempo, los elementos que se emplean para determinar cuándo una acción imprudente. Sin embargo, no siempre que se dan la previsibilidad objetiva y la falta de diligencia pueden imputarse los resultados producidos”.

¹⁶ Ídem (2), Pág. 1000.

¹⁷ JESCHEK H.H., “Tratado de derecho Penal, Parte General”, Volumen Segundo, traducción y adiciones de Derecho Español por Mir Puig y Muñoz Conde, Edt. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona España, Pág. 779, 1981. “El tipo de injusto de la imprudencia se determina, pues, (...), la actuación que en vista de este peligro no observa el cuidado objetivamente requerido y (en los delitos imprudentes de resultado) la producción del resultado típico, en la medida en que éste se deba a la inobservancia del cuidado”.

¹⁸ Ídem (5) Pág. 257.

¹⁹ Ídem (5) Pág. 257.

²⁰ Numeral quinto, prueba de cargo No. 2, de esta sentencia.

²¹ Numeral quinto, prueba de cargo No. 3, de esta sentencia.

²² Numeral quinto, prueba de cargo No. 6, de esta sentencia.

decir, en relación con el acusado Guillermo Sánchez, no existe infracción cometida por él. En relación con los otros dos sujetos procesales, los acusados **ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA**, vemos que conforme su contrato de trabajo, las declaraciones de Ángel Guanoquiza y Edgar Aguirre Tirado, realmente él no era, guía y no tenía responsabilidad alguna con esta función de guía, pues su labor era otra, si bien de vez en cuando colabora en la venta de boletos no por ello asumía posesión del deber de cuidado; **en cuanto a la acusada MÓNICA CATALINA RIVAS CALLE**, por la documentación aportada, entre ellos, el contrato de arrendamiento de ella con la I. Municipalidad de Girón, con la escritura pública que determina el área de propiedad del Chorro, es evidente que la acusada no tenía injerencia del camino que va entre la primera y segunda cascada. No tiene injerencia del posible lugar que se precipitó el menor, ni tampoco tiene injerencia del lugar donde cayó el menor, es decir, su obligación se limita a un inmueble, dentro del cual no está la caída ni el inicio de la primera cascada, por lo tanto no tiene la responsabilidad penal de las actividades que pasen fuera de la circunscripción territorial de la cual tiene contrato. **NOVENO: RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto, esta Sala Primera Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve**, desechar la apelación interpuesta por la Fiscalía y la Acusadora Particular **MARÍA ISABEL CALDERÓN MORA**; y, confirma la sentencia subida en grado de los imputados **ANDRÉS DAVID GÓMEZ PULLA Y MÓNICA CATALINA RIVAS CALLE**. En cuanto al acusado **GUILLERMO LAUTARO SANCHEZ AREVALO**, se acepta el recurso de apelación interpuesto, por lo cual se revoca la sentencia subida en grado en cuanto a éste imputado, y se declara su estado de inocencia. Se califica a la acusación particular de no maliciosa ni temeraria. Con el ejecutorial, remítase el expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**

f) **Dr. Víctor Llerena Maldonado Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña Dra. Alexandra Merchán González. Conjuceces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Doctor Jorge M. Blum Carcelén.

Juicio Penal nro. 827-2012

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA PENAL.

Quito, 01 de julio del 2013. Las 14h30.

VISTOS: La Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en sentencia de mayoría emitida el 27 de junio de 2012, a las 10h27, confirma el fallo dictado por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, que reconoce el estado de inocencia de los procesados **ANDRÉS GÓMEZ PULLA Y MÓNICA RIVAS CALLE**, y la revoca en cuanto a **GUILLERMO**

SÁNCHEZ ARÉVALO, en consideración a las atenuantes, imponiéndole la pena de **TRES MESES** de prisión correccional. Inconforme con este pronunciamiento, la acusadora particular María Calderón Mora y el sentenciado Guillermo Sánchez Arévalo, interponen recurso de casación, que fueron aceptados a trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria, que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron los recurrentes, Guillermo Sánchez Arévalo representado por su defensor Dr. Miguel Sarmiento Mora; la acusadora particular María Isabel Calderón Mora, representada por el Dr. Ítalo Palacios Álvarez y el Dr. José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado; además los procesados Andrés Gómez Pulla, con su defensa técnica Dr. Nelson Montesinos, y Mónica Rivas Calle, con su abogado defensor Dr. Segundo Narváez, cumpliéndose con el trámite previsto para este recurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional; así mismo, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, conformado por Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Merck Benavides Benalcázar, en calidad de Jueces Nacionales; y el Dr. Jorge M. Blum Carcelén, como Juez Nacional Ponente, integrados en Tribunal, previo sorteo de ley, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación planteado. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado. **TERCERO. ANTECEDENTES: Sobre los hechos.** El día 11 de febrero del 2011, varios alumnos del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, de la ciudad de Cuenca, dirigidos por su profesor Guillermo Sánchez Arévalo, junto a cuatro padres de familia, se trasladaron hasta el cantón Girón de la provincia del Azuay, visitando la Victoria del Portete y la casa de los Tratados, para luego concurrir al paradero turístico denominado "El Chorro", procediendo a visitar la primera cascada, luego se dirigieron a la segunda cascada; el adolescente NN, quien formaba parte del grupo de alumnos, se separó de sus compañeros, resbalándose cayó al precipicio produciéndose su muerte. **De las actuaciones procesales y de la sentencia recurrida.** El Juez Décimo Segundo Multicompetente del Azuay, el 30 de septiembre de 2011, a las 18h00, aceptando el dictamen acusatorio de la fiscalía, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados Guillermo Sánchez Arévalo y Mónica Catalina Rivas Calle, por existir presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de homicidio inintencional, establecido en el art. 459 del Código Penal y sancionado por el art. 460 ibídem, en calidad

de autores; y, respecto al procesado Andrés Gómez Pulla, por no existir elementos suficientes para sustentar su participación en tal hecho delictivo, de conformidad con el art. 241 del Código de Procedimiento Penal, dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y a favor de dicho procesado. El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, a quien por sorteo le correspondió conocer la causa, dentro de la audiencia de juzgamiento, han receptando varios medios de pruebas de cargo y de descargo, consistentes en prueba testimonial y documental constantes en el proceso, que permitieron a los juzgadores establecer la existencia material del delito y la responsabilidad de los procesados, por cuanto el 07 de febrero del 2012, a las 10H00, emite sentencia condenatoria en contra del procesado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 y sancionado por el artículo 460 ambos del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada de seis meses de prisión y al pago por daños y perjuicios; y, absolutoria para Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla, reconociéndoles su estado de inocencia. De esta resolución la acusadora particular y el procesado Guillermo Sánchez Arévalo, interponen recurso de apelación, cuyo conocimiento por sorteo correspondió a la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay; misma que el 27 de junio del 2012, a las 10h27, emite sentencia de mayoría, en la que desecha íntegramente los recursos interpuestos por el representante de la Fiscalía General del Estado y de la acusadora particular, confirmando la sentencia absolutoria dictada a favor de Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla; respecto al recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, confirma la sentencia condenatoria dictada en su contra, reformándola en cuanto a la pena impuesta y en consideración a las atenuantes se la rebaja a tres meses de prisión. **CUARTO. FUNDAMENTACIONES Y ALEGACIONES DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN: A) DE LA ACUSADORA PARTICULAR MARÍA ISABEL CALDERÓN MORA.** El defensor de la acusadora particular, doctor Ítalo Palacios Álvarez, al fundamentar su recurso, ha manifestado una serie de alegaciones respecto a la interposición del recurso y a los antecedentes del caso; acto seguido realizó su fundamentación en relación a cada uno de los procesados con las siguientes puntualizaciones:

- Respecto al procesado Guillermo Sánchez Arévalo.

Que existe vulneración al derecho, en la punición y el establecimiento de la pena, porque el tribunal le impuso la pena de un año y atenuó a seis meses y la Sala, le impone una pena de seis meses y la atenúa a tres; que si bien la norma constitucional prevista en el artículo 77 numeral 14, dice que no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre, esta norma es aplicable cuando únicamente recurre el procesado, lo cual no es el caso, vulnerándose el derecho y la aspiración jurídica de la acusación particular. Por otro lado, la Sala de la Corte Provincial dispuso algo insólito, como es el pago de cinco mil doscientos dólares por concepto de

indemnizaciones, vulnerándose lo previsto en el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal, señalando que es en la sentencia donde se fijan las indemnizaciones, haya o no acusación particular, así como también, el artículo 78 de la Constitución de la República, donde se reconoce que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial. En replica manifestó: Que el profesor Sánchez incurrió en la conducta prevista en el artículo 459 del Código Penal, que trata de la falta de previsión y precaución; Que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es de carácter netamente formalista, se refiere a la violación de la ley por contravenir a su texto, por indebida aplicación o errónea interpretación; ya que existe una conducta culposa por falta de previsión y precaución por parte del profesor como lo señala la norma penal antes invocada. Y que respecto al tema de indemnización, se viola el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal y no existe la aplicación del art. 78 de la Constitución de la República. Por lo que solicita que se case la sentencia.

- Respecto a la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.

La procesada era la administradora y representante legal de la Compañía Allpacamac Tours, que fue declarada inocente por la Segunda Sala de la Corte Provincial, sin tomar en cuenta que en la sentencia impugnada, en el literal A-2 se detalla la prueba actuada. Que en el considerando sexto de la sentencia, la Sala de la Corte Provincial analiza dos tickets de ingreso al parador turístico El Chorro, afirmando que se tomaron las debidas precauciones, pese a que dichos tickets estaban alterados. Que existe violación del art. 85 del Código de Procedimiento Penal, porque está justificada a plenitud la responsabilidad de dicha procesada; y, además no aplicó lo previsto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere al nexo causal, ya que su conducta se adecúa a lo previsto en el artículo 459 del Código Penal, sancionado en el artículo 460 *ibídem*. Que existe falta de aplicación del artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República, por lo que solicita se case la sentencia y se declare la culpabilidad de Mónica Rivas Calle, conforme lo previsto en el artículo 304.A del Código de Procedimiento Penal, como autora y responsable del delito. En replica manifestó: Que existe aplicación indebida del artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto está probada la infracción y la responsabilidad de la señora Rivas, ya que si ella prohibía la entrada, advirtiendo que era un lugar peligroso, no pasaba nada, su obligación era de prever y precautelar, debiendo aplicarse el artículo 14 del Código Penal, que se refiere a la imprudencia y negligencia, en este caso de la señora Rivas como dueña del local, quien infringió el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Por lo que solicita se case la sentencia declarando la culpabilidad por este hecho fatal para la familia Calderón Mora y se la indemnice, en aplicación del artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República.

- En relación al procesado Andrés Gómez Pulla.

La Sala de la Corte Provincial del Azuay, confirma su inocencia, acotando que se desempeñaba como guardián, limpiaba las camas y el local, sin tomar en consideración que incurrió en el tipo penal que se acusa, porque de su propio testimonio se desprende que él era el encargado de vender los tickets de ingreso al paradero turístico El Chorro y que el día de los hechos estuvo en el sitio, vendió los tickets, no proporcionó ninguna información, ni tomó previsiones en ese sitio inhóspito, adecuando su conducta en la falta de previsión o precaución. Por lo que solicita que se case la sentencia, condenándolo como responsable del delito tipificado en el artículo 459 y sancionado en el 460 del Código Penal. En replica manifestó: Que existe violación en la sentencia por la falta de aplicación de los artículos 85 y 88 del Código de Procedimiento Penal, porque hay responsabilidad de Andrés Gómez, ya que no se trata del simple trabajador de El Chorro, pues él en su propio testimonio señaló que cuando no estaba la señora Rivas, él proporcionaba dicha información, pero en este caso nunca lo hizo, violándose en la sentencia el artículo 304-A al declararse su inocencia, por lo que solicita se case y se declare la culpabilidad de dicho procesado, así como al pago de las indemnizaciones, en atención estricta a la norma de los artículos 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República. **B) DEL RECURRENTE GUILLERMO SÁNCHEZ ARÉVALO.** El Dr. Miguel Sarmiento Mora, en representación del sentenciado, al fundamentar su recurso ha revelado un sin número de citas doctrinarias, respecto a la imputación objetiva, debido cuidado, riesgos permitidos entre otros, así como ha narrado los antecedentes del caso, para que de acuerdo a su alegación pueda este Tribunal comprender la actuación de su defendido, citando para ello a Hans Welzel, sobre la imputación objetiva en su obra "Derecho Penal Alemán, parte general", edición Castellana, página 193: dice "...la producción del resultado ha de ser justamente la concretación de la lesión del cuidado, tal no es el caso cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al cuidado, pero también se habría producido si la acción se hubiera ejecutado conforme al cuidado (...) "un niño salta repentinamente de la calzada frente a un conductor que manejaba descuidadamente, pero aun cuando este conductor hubiere conducido cuidadosamente, la lesión se hubiera producido..."; indicando que lo señalado, también se refiere a que el rol compete también a la víctima y, continúa citando de la misma obra "...el ordenamiento jurídico no puede ordenar a nadie, más allá de la observación del cuidado requerido en el ámbito de la relación o si no tendría que velar por casi toda acción en el ámbito social. Un deber ilimitado de omitir toda acción de la que puede producir consecuencias perjudiciales, previstas como posibles, condenaría a los hombres a una inactividad absoluta..."; admitiendo que en efecto su defendido debió observar las normas de cuidado, pero solamente aquellas que están dentro de su capacidad de previsibilidad y, como dice Welzel, no pueden ser aquellas normas de cuidado infinitas o ilimitadas, porque caso contrario, "el hecho de que exista una

alfombra, que no está bien puesta por el conserje y se produce una caída"; tendría que responder quien tenía el deber de poner esa alfombra adecuadamente. Por otro lado, respecto a la argumentación jurídica del recurso planteado ha realizado las siguientes puntualizaciones: Que la sala de jueces suplentes de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, equivocadamente ha emitido una sentencia condenatoria de mayoría, sin embargo en el voto salvado, se realiza un correcto análisis de la conducta del profesor Sánchez, donde se confirma la inocencia de su defendido, analizando la imputación objetiva de manera correcta. Que el voto de mayoría es equivocado, porque sostiene que el profesor Sánchez Arévalo, en calidad de garante, es el responsable por la seguridad de sus pupilos, el cual debió efectuar toda acción tendiente a protegerlos; ya que dicho rol, en efecto, fue cumplido por su defendido, pues actuó con el deber de cuidado que le impone el sentido común y la lógica elemental, es decir, cumplió el rol de la previsibilidad. Que en base a lo citado, la defensa establece que se debe analizar si el tipo penal por el cual se lo sanciona a tres meses de cárcel y se exige la indemnización de ciento ochenta mil dólares al profesor Guillermo Sánchez, era o no aplicable, al caso que nos ocupa; que la pena impuesta se ha hecho en base a una motivación absolutamente equivocada por el tribunal inferior. Insiste la defensa, que el deber objetivo de cuidado no es ilimitado, tiene límites, pero que en la sentencia se pretende que todo riesgo, desde una simple caída o resbalón, ya deba imputarse como responsabilidad del profesor; siendo lo correcto saber si hubo un incremento de riesgo y si éste fue la causa suficiente para el resultado muerte, ya que no se puede responsabilizarlo de un homicidio inintencional, cuando no hay los elementos del tipo, insistiendo que existe una indebida y errónea aplicación de la disposición, por la cual se ha condenado a su defendido. **QUINTO: CONTRADICCIONES A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PLANTEADO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR; A) DEL RECURRENTE GUILLERMO SÁNCHEZ ARÉVALO.** El Dr. Miguel Sarmiento Mora, en representación del sentenciado, ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular, indicando lo siguiente: Que la acusadora particular ha solicitado que se case la sentencia recurrida, porque existe violación de la ley, contravención del texto de la ley o errónea interpretación en cuanto a la pena impuesta, solicitando que se la modifique, para lo cual la defensa indicó que no se ha expuesto en la fundamentación de la acusación particular, ni se ha justificado con argumentación jurídica la violación de la ley en la sentencia; ya que no existe motivación o alegación alguna que pueda encontrar elementos fácticos, para que se modifique dicha sentencia. Que la acusación particular sustenta su pedido en el aspecto económico, por ello solicita ciento ochenta mil dólares, recalcando la defensa que tampoco se ha justificado, en forma jurídica que exista una contravención expresa de la ley, de tal manera que al no existir tal argumentación, en este recurso de casación, que es extraordinario y que ataca la sentencia, no cabe que se

acepte, de ninguna manera tal recurso. **B) LA PROCESADA MÓNICA RIVAS CALLE.** El Dr. Segundo Narváz Rivera, en representación de la procesada, ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular, indicando lo siguiente: Que el doctor Ítalo Palacios ha fundamentado el recurso de casación, en base a los artículos 85 y 304-A del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que no hacen más que pedir a la Sala una revalorización de la prueba, lo que está vedado en este recurso excepcional y formalista. De otro lado, su defendida al momento del hecho era empleada, cuyas obligaciones, según el objeto del contrato, nada tienen que ver con el deber de cuidado; ya que las dos resoluciones, esto es, el voto salvado y el de mayoría de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en forma exactamente igual dicen: "...Por otro lado el peligro corrido que aumentó el riesgo fuera del permitido, no ocurre en la circunscripción del paradero turístico El Chorro, sino fuera de su administración..."; y, el voto salvado del doctor Llerena, declara la no responsabilidad de su defendida. Que además el doctor Ítalo Palacios presentó un ticket, con el cual pretendía justificar la responsabilidad de la señora Rivas Calle en el ilícito, pero la defensa para conocimiento del Tribunal ha presentado una certificación otorgada por el Director Administrativo Financiero de la Municipalidad del cantón Girón, la que deslinda de cualquier responsabilidad a su defendida. Finaliza indicando que la acusación presentada por la señora madre del menor, carece de fundamentación legal, pues no hay delito alguno cometido por su defendida, por lo cual solicita se confirme la sentencia recurrida, donde se le reconoce su estado de inocencia. **C) EL PROCESADO ANDRÉS GÓMEZ PULLA.** El Dr. Nelson Montesinos, en representación del procesado, ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular, manifestando lo siguiente: Que el procesado Andrés Gómez fue absuelto en dos instancias, porque en el proceso quedó probado plenamente que sus labores no tenían ninguna relación con dar seguridad a los turistas que visitan el lugar; que de la prueba documental, que consiste en el contrato laboral celebrado entre la empresa Allpacamac, administradora de la hostería y el señor Andrés Gómez, consta que él fue contratado como guardián nocturno y como ayudante de servicios. Que la acusadora particular al fundamentar su recurso se limitó a decir cuestiones de puro hecho, cuando el recurso de casación es sobre cuestiones de puro derecho, de la violación de la ley en la sentencia y jamás la recurrente mencionó una ley que se haya violado en la sentencia recurrida, por lo que solicita al Tribunal se declare improcedente el recurso interpuesto por la acusadora particular. **SEXTO: OPINIÓN FISCAL RESPECTO A LA FUNDAMENTACIÓN DEL PROCESADO.** Al contestar la fundamentación del recurso realizado por el procesado Guillermo Sánchez Arévalo, el delegado de la Fiscalía General del Estado, doctor José García Falconí, hizo varias puntualizaciones: Que el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dictó sentencia condenatoria en contra del señor Guillermo Sánchez, señalando de manera

motivada que se ha justificado la existencia del delito tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 del Código Penal, como autor del hecho delictivo, imponiéndole la pena de seis meses de prisión, la multa correspondiente por concepto de daños y perjuicios, según el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal, en la suma de cinco mil doscientos veinticinco con ochenta y cuatro centavos. Que de esta sentencia la Fiscalía y la acusación particular interponen recurso de apelación; y, la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay ha desechado tales recursos, confirmando la inocencia de Mónica Rivas y Andrés Gómez, como dispuso el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay; confirmado la sentencia condenatoria en contra del señor Guillermo Sánchez, pero modifica la pena de seis meses a tres meses de prisión, multa e indemnización de daños y perjuicios; encontrándose inconforme con este pronunciamiento interpone recurso de casación la acusación particular, como el señor Guillermo Sánchez. Que el recurso de casación para ser aceptado por el órgano juzgador respectivo, necesita cumplir con ciertos requisitos, ya que es un recurso extraordinario que busca corregir solo errores de derecho que se presentan en la sentencia impugnada, ya que tiene como objetivo el enfrentamiento de la sentencia y la ley, para establecer si en el fallo se ha producido alguna de las circunstancias del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Que no encuentra que se haya violado la ley en la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en relación a la confirmación de inocencia de Mónica Rivas y Andrés Gómez e igualmente, respecto al sentenciado Guillermo Sánchez, tampoco se ha violado la ley en el sentido de que se encuentra justificado el delito de homicidio inintencional, tipificado en el artículo 459 y 460 del Código Penal, sin embargo existe violación del artículo 78 de la Constitución de la República, toda vez que existen los derechos fundamentales de los acusados y los derechos fundamentales de la víctima, siendo los de la víctima en primer caso conocer la verdad procesal y la reparación integral, que significa, que la víctima tiene derecho a la reparación material e inmaterial, ya que la material consiste en los daños y perjuicios, que tienen dos parámetros, el daño emergente y lucro cesante, mientras que lo inmaterial contiene el daño moral, por lo que al dictar la sentencia condenatoria los jueces violaron lo expresado en el artículo 78 de la Constitución de la República. Por lo que considera que se debe casar la sentencia, en el rubro de daños y perjuicios, en vista de que los daños y perjuicios señalados por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay en cinco mil doscientos veinticinco dólares con ochenta y cuatro centavos, ratificados por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay no contempla los parámetros del daño material e inmaterial de acuerdo al proyecto de vida que se ha calculado en 70 años de edad en otros casos. En la réplica, de lo expresado por el señor fiscal, los procesados hicieron uso de su derecho argumentando lo que sigue: *El sentenciado Guillermo Sánchez Arévalo*, a través de su defensor ha señalado: Que la fiscalía sostiene en definitiva que no se

han justificado los elementos para interponer un recurso de casación, solicitando se case la sentencia, indicando a nombre de su defendido, que al no haber responsabilidad, la sentencia debió ser absolutoria, consecuentemente no cabe la indemnización de daños y perjuicios, porque no hay responsabilidad del profesor, por lo que ante esa situación sostiene que debe declararse la inocencia del profesor Sánchez, pues no hay méritos para declararlo culpable. *La procesada Mónica Rivas*, a través de su defensor ha señalado: Que la sentencia es clara en cuanto, a Mónica Rivas y Andrés Gómez; que la Fiscalía ha manifestado que no existe violación de la sentencia por parte del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay y confirmada por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por lo que el pedido del señor fiscal es que, al no haber violación legal en la sentencia, se debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular, al carecer de fundamentación, al no existir violación legal en la sentencia. *El procesado Andrés Gómez Pulla*, a través de su defensor ha señalado: El señor fiscal con buen criterio jurídico ha expresado que no se ha violado la ley en la sentencia respecto a su defendido; ya que en el proceso está probado que las indicaciones que daba Andrés Gómez eran simplemente las que estaban en los rótulos del lugar, es decir, que no se bañen en una fosa que existe en el sitio y que el puente era resbaloso; sobre la afirmación de que Andrés Gómez tomaba a cargo la responsabilidad, cuando no estaba la señora Rivas, cabe anotar que ese día sí estaba la señora Mónica Rivas presente en el lugar. **SÉPTIMO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:** La Constitución de la República, 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. El recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el Tribunal Provincial en la sentencia, constituyendo un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el artículo 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, debiendo limitarse a examinar si en la sentencia existen “errores de derecho”, para corregirlos, fundamentado en las causales que contiene el artículo 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley: **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. 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; y, la tercera, sobre 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, debiendo este Tribunal establecer si la misma está debidamente motivada y si se han aplicado las reglas de la sana crítica, que no es otra cosa que las reglas de la lógica, del razonamiento, de la experiencia y conocimiento jurídico; ya que la garantía de motivación consiste, por un lado, en dejar al juez en libertad de apreciación, quedando en cambio, obligado a correlacionar lógicamente los argumentos esgrimidos en la sentencia atacada. Respecto a la normativa sustantiva penal, referente al tipo penal por el que se sigue esta causa, es el de homicidio inintencional, establecido en el art. 459 del Código Penal que dice: “*comete homicidio inintencional, aquel que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra la vida de otro*”, es decir que conforme a la doctrina, puede definirse como la muerte no intencional de una persona causada por un acto involuntario, cuyo resultado homicida no fue previsto; constituye un acto culposo, que no habría caído bajo la sanción penal, a no ser por el resultado mortal de uno de los participantes de dicha actividad, sea ocasionado por negligencia, impericia o inobservancia de las normas como lo refiere el tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra *delitos contra las personas*, Tomo III, Edino, pág. 93, donde establece que “*el homicidio inintencional tiene como elemento subjetivo la culpa, esto es, la voluntad de actuar sin previsión, de manera negligente, imprudente, inexperta o inobservante de las normas de cuidado, legales, reglamentaria, ordenatorias o sociales, que es causa de un resultado típico no querido por el agente, pero previsible no previsto; y si previsto, confiando en que no se produciría*”. Por lo tanto la culpa es el elemento subjetivo del homicidio inintencional, ya que allí se hace manifiesto el acto acción u omisión que se ejecuta, sin cumplir con el deber de cuidado, que debe estar presente en la práctica de las conductas, tanto del agente pasivo, como del activo, que se realizan cotidianamente en la vida, ya que toda persona por el hecho de vivir en sociedad, tiene la obligación de evitar que su conducta lesione bienes e intereses ajenos, los mismos que se encuentran jurídicamente protegidos. Este Tribunal de Casación, debe examinar la sentencia impugnada, acorde con lo expresado por los sujetos procesales, en la fundamentación de los recursos expuestos en la audiencia de casación, haciendo las siguientes puntualizaciones: Con relación a la impugnación hecha por la acusación particular, este Tribunal de Casación ha examinado la sentencia recurrida, estableciendo que la recurrente no ha justificado en su fundamentación ninguna de las causales establecidas en el Art. 349 del Adjetivo penal, limitándose a solicitar el aumento del monto de los daños y perjuicios, por lo que consideramos que tal solicitud no es procedente por la reflexión jurídica, que realizaremos al examinar la responsabilidad del procesado Guillermo Sánchez

Arévalo. En lo referente al procesado y recurrente profesor Guillermo Sánchez Arévalo, el Juzgador de instancia en sus considerandos expositivo y declarativo de la resolución analiza todas las argumentaciones expuestas en la controversia, sancionando al procesado Guillermo Sánchez Arévalo, por el delito de homicidio inintencional, tipificado en el Art. 459 y sancionado en el Art. 460 del Código Penal, por lo que este Tribunal discrepa con tal resolución, ya que analizando el caso en concreto encontramos que si existe la materialidad de la infracción, que es la muerte del adolescente NN, (edad-12 años), pero la conducta del procesado Guillermo Sánchez Arévalo, no se encuadra en el delito que se le imputa, que es el homicidio inintencional, ya que su actuar no fue culposo, no está enmarcado en los elementos de tipo penal, pues el profesor Sánchez Arévalo, actuó con precaución y con el debido cuidado, al llevar a sus alumnos al sitio donde se produjeron los hechos, acompañado por cuatro padres de familia y haciéndoles conocer los cuidados que debían tener en el recorrido, haciendo que caminen uno tras otro, en la conocida “fila india”, por el sendero y no debían apartarse de él. Establecida la existencia material del delito, esto es la lamentable muerte del adolescente NN, no puede atribuirse al profesor Sánchez, ninguna actuación negligente, ya que no existe delito culposo, ni responsabilidad consciente y voluntaria del recurrente, en el cometimiento del hecho, existiendo errónea aplicación del art. 459, del Código Penal, ya que la muerte es producto del infortunio, de la fatalidad y del riesgo que asumió la víctima al salirse del camino señalado, desatendiendo los niveles de cuidado impartidos por el referido procesado; criterio que comparte este Tribunal, ya que el desenlace del fallecimiento de NN, no fue provocado por la conducta descuidada, negligente o imperita, ni objetivamente evitable que ejercía el profesor Sánchez, ya que el lugar, es un sitio turístico, visitado por muchas personas, pues acudir al mismo ya implicaba por sí mismo un riesgo permitido, por lo que la acción desplegada por el acusado Sánchez Arévalo no incrementó dicho riesgo, si bien es cierto el día de los hechos el profesor llevó a sus alumnos a una travesía curricular, al sector denominado El Chorro, fue para realizar un aprendizaje ecológico, que no es un lugar inhóspito, o que estuviera prohibida su visita, por ello no infringió la ley, ni tampoco desplegó una acción típica y antijurídica relevante para el derecho penal. La “Teoría de la Imputación Objetiva”, señala que todas las actividades humanas implican riesgos, denominados riesgos permitidos o aprobados, considerando esta teoría de la previsibilidad, el deber de cuidado y hasta el deber de autoprotección combinada con el riesgo permitido; que asumió el adolescente víctima de un infortunio, ya que estos riesgos no implican delitos culposos, porque en el caso concreto, la visita al sitio denominado El Chorro, está dentro de estos riesgos permitidos y el profesor Guillermo Sánchez Arévalo, cumplió con el deber de cuidado, que lo compartió con varios padres de familia, que también lo acompañaban para el control y vigilancia de todos los alumnos, impartiendo las respectivas indicaciones y señalando las precauciones que de-

bían tomar todos los alumnos entre ellos NN, quien no debía salirse del sendero señalado y que tenía que caminar uno tras otro, pero se debe considerar que este deber objetivo de cuidado, no es ni puede ser ilimitado, pues por otro lado está el deber de autoprotección de la víctima, quien lastimosamente no cumplió, desatendiendo las instrucciones impartidas por el profesor, pues no se trataba de un niño pequeño, era un jovencito de doce años, que de acuerdo a su edad y educación impartida, está en capacidad de razonar sobre el peligro al que se enfrenta. El tratadista “Welzel”, dice que siempre el objeto de la infracción al deber de cuidado, está constituido por una acción concreta, complementando “Maurach”, quien afirmaba que el objeto de la infracción del deber de cuidado, no es la actividad en su conjunto, porque si fuera así, hubieran caído todos al abismo, falleciendo todos los alumnos, el profesor Sánchez e incluso los padres de familia, siendo estos últimos en quienes también estaba distribuido los deberes de cuidado. Por ello, la limitación de la responsabilidad no es deber de una sola persona, la que debía preocuparse por todo el resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima y en el presente caso, la víctima, tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada, en favor de una sociedad exageradamente cuidadosa en todas partes, que limitaría inclusive ciertas actividades cotidianas que implican riesgos. El Profesor Claus ROXIN expresa: “Aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la imputación objetiva que es el riesgo socialmente permitido y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, son los casos en el que se debe aplicar la imputación objetiva. Por ello recalamos que el profesor Sánchez Arévalo actuó con la responsabilidad debida, y cumplió sus niveles de cuidado, incluso porque ya tenía experiencia al haberlo hecho en varias ocasiones, concurriendo al mismo sitio con otros grupos de estudiantes, conociendo el sector, por lo que el procesado no incrementó el riesgo, para que se haya producido el resultado muerte, no pudo prever dicho resultado, a pesar de las instrucciones que impartió y que fueron cumplidas por la mayoría de los estudiantes, que llegaron con vida al final del paseo, pero que lamentablemente fueron inobservadas por la víctima, quien por propia voluntad y sin avisar al profesor, ni a los padres de familia, o sus compañeros, se apartó de la columna y se salió del sendero, lamentablemente cayéndose y produciéndose su muerte. La doctrina señala, que los elementos que deben concurrir al deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido y el incremento de ese riesgo, como aconteció en este caso, cuando la víctima al salirse del sendero, por su propia voluntad y en la búsqueda de nuevas y riesgosas experiencias se puso en peligro, es decir violentó su deber de autoprotección; al haberlo hecho sin avisar al profesor, a los padres de familia o a sus compañeros, personalmente incrementó su riesgo, quizás para ampliar

intencionalmente su aventura, aumentando el peligro, desatendiendo sus propios y naturales deberes de cuidado y autoprotección, por ello que equivocadamente se busca responsabilizar a través de las concausas, lo que no es aplicable en delitos culposos, pues el desvalor de la acción se debe analizar respecto de la acción misma, la que produce el resultado y éste lamentablemente lo produjo la víctima. También la doctrina señala que, el tipo objetivo del hecho punible culposo, incluye una acción descuidada referida al bien jurídico del perjudicado, si el resultado lesivo de un bien jurídico se ha producido de forma independiente de la conducta omisiva, ello no puede ser imputado objetivamente al sujeto que incurrió en tal omisión. El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, en su artículo sobre la Imputación Objetiva, publicado en la página web “www.alfonsozambrano.com/doctrinapenal” págs. 1-2-3, dice: “Un resultado causado por el autor solo debe ser imputado al tipo objetivo, cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto (...)”, Resumiendo se puede decir, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo; aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la imputación objetiva que es el riesgo socialmente permitido y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, es el caso en el que debe aplicarse la imputación objetiva. Analiza el profesor Zambrano, “si en todo contacto social, todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría, ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría, ni se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares”. Estableciendo este Tribunal, que el accionar de NN fue independiente de la conducta del profesor Guillermo Sánchez, porque fue un riesgo creado y buscado por la misma víctima, quien por propia iniciativa se apartó del grupo, con el lamentable final, ya que de haber seguido en la columna de compañeros, que transitaban por el sendero, también al igual que sus compañeros, hubiera culminado el paseo sin novedad, llegando a salvo a su destino, con lo que se establece que el accionar imprudente del adolescente NN rebasó los niveles de cuidado ejercidos por el profesor y procesado, aumentando por sí mismo, en forma deliberada, el riesgo permitido de la víctima, como lo han expresado las citas doctrinarias expuestas por el procesado Guillermo Sánchez Arévalo en la fundamentación del recurso. **OCTAVO: RESOLUCIÓN:** Por lo tanto, concluye este Tribunal de casación, que la víctima infringió su deber de autoprotección, ya que como lo manifestamos en líneas precedentes, el procesado cumplió a

cabalidad sus niveles de cuidado, que fueron superados por el riesgo asumido por el adolescente, quien incumplió las advertencias y por propia voluntad se apartó del camino y se internó aproximadamente 20 metros entre la maleza e infortunadamente cayó al abismo, provocando su propia victimización. Por estos antecedentes, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación planteado por la acusadora particular María Isabel Calderón Mora; y, respecto al recurso de casación propuesto por Guillermo Sánchez Arévalo, por las consideraciones analizadas se **CASA** la sentencia recurrida, por la indebida aplicación de los artículos 459 y 460 del Código Penal, y se declara el estado de inocencia de Guillermo Sánchez Arévalo, dejando sin efecto la sentencia impugnada, se levantan todas las medidas cautelares que pudieren existir en su contra. Se deja constancia que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria. **Notifíquese, cúmplase y devuélvase.**

f) **Dr. Jorge M. Blum Carcelén MSC., Juez Nacional Ponente; Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional. Voto Concurrente. Dr. Merck Benavides Benalcázar. Juez Nacional.**

VOTO CONCURRENTE

Señora Dra. Gladys Terán Sierra. Jueza Nacional. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Quito, 1 de julio de 2013. Las 14h30.

Concurro con mi voto, a la aprobación de la sentencia que resuelve el recurso de casación, signado con el nro. 827-2012, que ha sido propuesto por la acusadora particular María Isabel Calderón Mora y el procesado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 27 de junio del 2012, a las 10h27, que confirma el fallo dictado por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de dicha provincia, el 7 de febrero del 2012, a las 10h00, en el cual se declara al último de los mencionados, responsable en calidad de autor, del delito tipificado en el artículo 459 y sancionado en el artículo 460, ambos del Código Penal; pues, pese a estar de acuerdo con la decisión de fondo adoptada por el Tribunal de Casación del que soy jueza integrante, esto es, la ratificación del estado de inocencia de Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, considero que algunos aspectos del fallo emitido por la mayoría del Tribunal deberían tener mayor desarrollo o un acercamiento distinto. **1. DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN PLANTEADOS. 1.1. Argumentación respecto a la concurrencia del voto, en cuanto a la fundamentación de los recursos.** Los recursos procesales son mecanismos que se les ha otorgado a las

partes, para hacer que las providencias judiciales expedidas en determinado proceso, en el que han intervenido, puedan ser revisadas, ya por el mismo juzgador que las elaboró, ya por un superior jerárquico, con la finalidad de corregir los errores que en ellas se hayan podido presentar. Todos los recursos tienen en común el ser un derecho para los sujetos procesales, así lo ha establecido incluso la Constitución en su artículo 76.7.m), por lo tanto, no resulta una obligación el interponerlos siempre que una providencia les sea desfavorable, sino solo cuando consideren prudente el hacerlo al analizar si en dicha resolución judicial se han presentado los presupuestos exigidos por la ley para ejecutar dicha actividad. El requisito que resulta común para todos los recursos, en el ámbito penal, no es solo que exista en el impugnante el interés para recurrir, conceptualizado como “(...) un gravamen, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad (...)”²³, sino que dicho perjuicio sea adecuado a la naturaleza del medio de impugnación propuesto y fundamentado en tales términos; así, los artículos 336 (recurso de nulidad), 345 (recurso de apelación), 352 (recurso de casación) y 366 (recurso de revisión) del Código de Procedimiento Penal, exigen que el recurso sea cimentado en audiencia oral, pública y contradictoria por quien lo ha propuesto. Esta fundamentación en la cual se expresan los argumentos del recurrente para haber interpuesto determinado medio de impugnación, fija la competencia de los juzgadores que tengan a su cargo la resolución, fuera de la cual, el juzgador no podrá actuar, a menos que posea potestades de oficio debidamente otorgadas por el ordenamiento jurídico. La relación lógica entre la fundamentación del recurso y la respuesta que le otorgue el juzgador mediante la *ratio decidendi* de su resolución, ayuda a mantener el principio de congruencia que deben guardar los fallos en la etapa de impugnación, pues en virtud de tal principio normativo, las decisiones judiciales “(...) deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones de los litigantes (...)”²⁴, es por esto fundamental que el órgano jurisdiccional competente, mencione en su fallo cuáles fueron los argumentos vertidos por el impugnante en la audiencia oral, pública y contradictoria, que le sirvieron de fundamento a su recurso, para así controlar la aplicación del principio de congruencia, además de establecer que el juzgador está actuando dentro de su ámbito de competencia, y sin excederse a potestades que les corresponde a los jueces encargados del control de otras instancias del proceso penal. En el caso del recurso de casación, la fundamentación debe hacerse atendiendo a lo dispuesto por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual resulta imperioso al recurrente el mencionar qué norma del ordenamiento jurídico considera

violada, y en qué causal del mentado artículo se adecúa la violación. Son estos los datos básicos que debe consagrar el juzgador encargado de la resolución del recurso de casación, en el acápite de su sentencia denominado como “Argumentos y Fundamentaciones de los Recursos de Casación”, sin recurrir a la copia textual de todo lo manifestado por los impugnantes en la audiencia de fundamentación del recurso, pues lo que se necesita es una síntesis del punto concreto de derecho a resolver por el Tribunal. Por lo expuesto, no considero que el numeral cuarto de la sentencia concurrida cumpla con los requisitos anteriormente mencionados, respecto a una correcta determinación de los fundamentos en los que se basa el recurso, lo cual a su vez, hace imposible el realizar un análisis ordenado de éstos, razón en la que fundo la reestructuración del antedicho numeral cuarto, en la siguiente forma: **1.2. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN. 1.2.1. Del recurso de casación propuesto por María Isabel Calderón Mora, acusadora particular.** En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Ítalo Palacios Álvarez, defensor de la recurrente, ha indicado que las normas jurídicas que han sido vulneradas por el juzgador en su sentencia, son varias, y que por tanto se referiría a cada uno de los procesados por separado: **1.2.1.1. Respecto del procesado Guillermo Sánchez Arévalo.**

- Violación de los artículos 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República, en cuanto se ha fijado una indemnización de cinco mil doscientos dólares americanos, por concepto de daños y perjuicios de la infracción culposa, sin analizar el promedio de vida establecido para las personas por el Código de Trabajo, ni el salario mínimo básico unificado; parámetros que de haber sido tomados en cuenta, hubieran arrojado una indemnización de ciento ochenta mil trescientos veintiséis dólares americanos.
- Sin mencionar la norma jurídica vulnerada, ha indicado la recurrente, que la pena impuesta al procesado vulnera los derechos y aspiraciones jurídicas de la acusación particular, las cuales se han concretado en garantizar que las sanciones mínimas, como las impuestas en este caso, no proliferen en el Ecuador; a lo cual agregó, que les era posible al Tribunal el casar la sentencia en cuanto a la pena, sin vulnerar lo previsto en el artículo 77.14 de la Constitución de la República, pues en el caso *sub judice* las dos partes han recurrido. **1.2.1.2. Respecto de la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.**
- Violación del artículo 41 de la Ley de Defensa del Consumidor, el cual prevé que en los contratos de adhesión, los textos que sobre ellos se ha escrito deben tener por lo menos diez puntos de tamaño de fuente, y en el caso concreto, los tickets que han sido vendidos por la agencia de

²³ De la Rúa, Fernando. El Recurso de Casación. Editorial Víctor P. de Zavalia. Buenos Aires, Argentina. Año 1968. Pág. 197.

²⁴ Devis Echandía, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Temis. Bogotá Colombia. Año 2009. Pág. 629.

- turismo controlada por la procesada, con la finalidad de ingresar a la cascada que administraban, poseían no más de tres puntos, por lo cual han de tenerse por no escritos.
- Violación de los artículos 85 y 88 del Código de Procedimiento Penal, pues en virtud de lo constante en el punto b6 de la sentencia impugnada, se ha indicado que el sitio turístico controlado por Allpacamac Tours, no se encontraba señalado con letreros que adviertan del peligro de la zona, razón por la cual, se ha comprobado el nexos causal entre la infracción y la actuación negligente de Mónica Catalina Rivas Calle.
 - Que se aplique el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, y se condene a la procesada como autora del delito consagrado en el artículo 459 del Código Penal, ya que ha sido ella la llamada a impedir que el grupo de niños, dentro del que se encontraba Daniel Calderón Mora, ascienda hacia las cascadas, en virtud de la lluvia, lodo y neblina detectadas en el sector; a lo que se suma, el que nunca les ha dado charlas sobre los peligros de la zona. Por último, pide que sobre Mónica Catalina Rivas Calle, también se apliquen los artículos 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios. **1.2.1.3. Respecto del procesado Andrés Gómez Pulla.**
 - Violación de los artículos 459 y 460 del Código Penal, en cuanto este procesado, ha sido el encargado de venderles los tickets a los adolescentes, y los días en los que no se encontraba Mónica Rivas, asumía la tarea de dar indicaciones a quienes subían a las cascadas, pero que ese día no lo había hecho, en cuanto Guillermo Sánchez ya conocía la zona, lo cual reviste su actuación de falta de previsión o precaución. Pide además, que se aplique lo previsto en los artículos 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la República, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios. **1.2.2. Del recurso de casación propuesto por Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.** En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Miguel Sarmiento Mora, defensor del recurrente, sin indicar la violación al ordenamiento jurídico que considera existente en el fallo del juzgador, ha manifestado que en virtud de la teoría de la imputación objetiva, se debería aplicar al caso concreto el criterio de la “competencia de la víctima”, en los siguientes términos:
 - Que de los medios probatorios presentados en la audiencia de juzgamiento, se ha determinado que la travesía realizada por el grupo de menores pertenecientes a la institución educativa Espíritu de Sabiduría, no presentaba ningún riesgo ni peligro a persona alguna y que no era necesario ningún equipo especial para transitar los senderos.

- Que toda actividad humana implica riesgos, pero dentro de ellos hay que considerar que existen los denominados riesgos permitidos, que se pueden suscitar en cualquier momento y que no interesan al Derecho Penal; porque, si consideramos que todo riesgo va a provocar un resultado dañino para las personas, los individuos quedarían en la inactividad.
- Que en los roles que desempeña cada persona en una determinada situación penalmente relevante, hay algunos que le competen a la víctima, y que en el caso concreto, un joven de doce años está en completa capacidad de entender lo que implica un riesgo, y que aun entendiéndolo, se ha alejado del camino, buscando el peligro por sí mismo, lo que ha provocado el resultado fatal.
- Que el profesor Sánchez Arévalo ha actuado respetando el deber cuidado, pues previó la necesidad de vigilar de mejor manera a un grupo de niños y pidió ayuda a cuatro padres de familia, los cuales también han asumido el rol de garantes en la custodia de ellos.
- Que las normas de cuidado no se pueden extender hacia el infinito, por lo cual hay que establecer si la producción del resultado se hubiera dado inclusive ante el “cuidado” mostrado por el sujeto activo de la infracción, lo cual implica el determinar la responsabilidad de la víctima en el hecho delictivo.
- Que el ahora occiso, Daniel Calderón Mora, dada su edad, podía prever el riesgo existente en separarse del grupo, por lo tanto al hacerlo, vulneró su deber de autoprotección.

2. DEL RECURSO PROPUESTO POR EL PROCESADO GUILLERMO SÁNCHEZ ARÉVALO. 2.1 De la aplicación de la imputación objetiva al caso *sub judice*.

La teoría de la imputación objetiva, como su nombre lo indica, se centra en la posibilidad de atribuirle un resultado delictivo a un individuo en concreto, en virtud de ciertos parámetros que buscan restringir la mera causalidad entre conducta humana voluntaria y resultado dañoso para un bien jurídico protegido. Así, Roxin, uno de los más grandes exponentes de esta teoría, propone que “(...) un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y si ese peligro se ha realizado en el resultado concreto (...)”²⁵. Esta teoría está basada en determinar objetivamente qué es lo que se espera de cada persona, para lo cual se considera que cada una de ellas se desarrolla en el ámbito social, interactuando con el resto de individuos que conforman dicho conglomerado, lo cual los lleva a aceptar una serie de responsabilidades que devienen del rol que cumplen dentro del conjunto humano al que pertenecen, para no atentar en contra de los bienes jurídicos ajenos, que son tutelados por el ordenamiento jurídico. Esas responsabilidades pueden ser objetivamente determinadas y

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. Año 2007. Pág. 390.

conocidas por el resto de la sociedad, en virtud de que es dicho grupo de personas el que las establece, atendiendo las circunstancias propias de cada individuo. Estos roles pueden ser comunes, cuando "(...) *incumben a todos y configuran un deber de solidaridad mínimo de todos los ciudadanos que interactúan en la sociedad (...)*"²⁶, o especiales "(...) *cuando obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentran en una posición especial que los individualiza frente al resto de ciudadanos (...)*"²⁷, como los de un policía o un médico, quienes en las actividades relacionadas con su profesión, obtienen una posición de garante frente a las personas que podrían resultar dañadas, en virtud de una actividad inapropiada que realicen al desarrollar sus tareas. Además de esto, la imputación objetiva, establece un actuar determinado para cada situación específica, estableciéndose la antijuridicidad, en virtud de la superación de un riesgo permitido. Esta figura del riesgo, deviene del asumir, que cada actividad humana, potencialmente, podría poner en peligro un bien jurídico protegido; sin embargo, el establecer que todas ellas podrían ser punibles devendría en una exageración que haría del hombre un sujeto recluso en su hogar, negándose a salir en virtud de un probable resultado dañino que su actuar podría ocasionar; lo que conlleva, como manera de contrarrestar esta situación, la aceptación de determinados riesgos que las personas corren al desempeñar sus actividades diarias, entendiendo a las lesiones que se pueden dar a determinado bien jurídico protegido, en la producción de estas actuaciones, como resultados no punibles para el Derecho Penal, el cual, al ser un mecanismo de última *ratio*, solo actuará en aquellos casos en los que el Estado, a través de su *ius puniendi*, no encuentra otra manera de detener una conducta nociva, que no sea el castigo de quien la ha realizado; por lo tanto, en la imputación objetiva solo se analizan "(...) *aquellas acciones que desde un punto de vista ex ante, según el conocimiento científico de nuestro tiempo, lesionarían el bien jurídico protegido, de modo probable o en realidad con una probabilidad limitada de seguridad.*"²⁸, lo cual conlleva implícitamente, la producción de un riesgo que supera lo permitido por la sociedad para el desenvolvimiento de determinada actividad. Este actuar excesivamente riesgoso, que sobrepasa los límites permitidos socialmente para el desenvolvimiento de una conducta, le es reprochable a una persona en específico, en virtud del rol que en el momento mismo de la producción del resultado dañoso se hallaba cumpliendo, ya sea dicho rol común o especial; es decir, el ejercicio de imputación se hace mediante una comparación del correcto cumplimiento del rol social esperado y la actuación concreta del sujeto activo de la infracción, para final-

mente concluir si actuó dentro de parámetros permitidos, para la situación en la que se encontraba, o si por el contrario, excedió el riesgo que para ella le estaba permitido; sin embargo, la doctrina ha planteado casos en los que la conducta del sujeto activo del delito se ve minimizada, o deja de tener relevancia penal, en virtud del actuar propio del sujeto pasivo de la infracción, con esto nos referimos a lo que los padres de la imputación objetiva han llamado "competencia de la víctima", en virtud de la cual, al procesado "(...) *no le es imputable el resultado del delito, en los casos del actuar voluntario de la víctima (...)*"²⁹. Es importante recalcar que al analizar la responsabilidad de la víctima, no se está realizando un ejercicio de imputación sobre ella, que podría llegar a determinarla como culpable de la propia lesión a sus bienes jurídicos, lo cual resultaría absurdo; lo que se busca con esta actividad, es establecer la autonomía con la que ha actuado el sujeto pasivo de la infracción, para determinar en qué grado han influido los actos realizados por el procesado para producir el resultado lesivo. Es por ello importante fijar el actuar de la víctima en cada caso concreto, pues solo así se podrá concluir si "(...) *ha quedado al libre albedrío del titular de los bienes jurídicos, configurar su actividad vital de tal modo que genere un riesgo para los mismos*"³⁰. Como en todo juicio penal, la determinación de un hecho como cierto depende de la actividad probatoria de prueba que hagan los sujetos procesales en el momento oportuno, esto es, en la audiencia de juzgamiento. Para el Tribunal de Casación, y para cualquier otro órgano encargado de resolver un mecanismo de impugnación vertical, los hechos vienen fijados por lo que se ha llegado a concluir en las sentencias que han sido recurridas, estando vedado en la mayoría de los casos, el acercamiento a los mecanismos probatorios y su revalorización; es por esto, que la fijación de las actividades que ha desarrollado la víctima con posterioridad al resultado fatal del caso concreto, y más allá de esto, la voluntariedad de su actuar, debieron haber sido establecidas por este Tribunal de Casación en virtud de lo ya consagrado en las sentencias del *a quo* y el *ad quem*; sin embargo, no se logra desprender de tales piezas procesales acto alguno de la víctima, llegando inclusive a establecerse en el fallo de primera instancia, que "*Ninguno de los testigos ni niños ni adultos, dan cuenta de la posición en la fila que ocupaba NN en el trayecto al segundo chorro (...)*"; ningún juzgador ha mencionado en su fallo la manera en la cual NN se separó del grupo, las razones por las cuales lo hizo, cuál fue su actuar una vez que se deslindó del resto del colectivo, ni los motivos por los cuales cayó al precipicio. Es precisamente lo mencionado en el acápite anterior, lo que me ha

²⁶ Gálvez Villegas, Tomás Aladino; Rojas León, Ricardo César. Derecho Penal, Parte Especial (Introducción a la Parte General), Tomo I. Jurista Editores. Lima, Perú. Año 2011. Pág. 167.

²⁷ Gálvez Villegas, Tomás Aladino; Rojas León, Ricardo César. Óp. Cit. Supra. Pág. 167.

²⁸ Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. Año 2008. Pág. 274.

²⁹ Donna, Edgardo Alberto. Óp. Cit. Supra. Pág. 298.

³⁰ Díaz Aranda, Enrique; Cancio Meliá, Manuel. La Imputación Normativa del Resultado a la Conducta. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. Año 2007. Pág. 28.

llevado a emitir este voto concurrente, ya que en la sentencia concurrida se habla de responsabilidad de la víctima, y se asume que el menor fallecido “(...) *por propia iniciativa se apartó del grupo (...), que (...) el accionar imprudente del adolescente NN rebasó los límites de cuidado ejercidos por el profesor y procesado, aumentado por sí mismo, en forma deliberada, el riesgo permitido de la víctima (...)*”; y lo que es aún más arriesgado, que “(...) *la víctima al salirse del sendero, por su propia voluntad y en la búsqueda de nuevas y riesgosas experiencias se puso en peligro (...)*”; cuestiones que nunca han sido consideradas como probadas por ninguna de las sentencias de instancia, lo cual torna a las afirmaciones hechas en la resolución concurrida, en meras elucubraciones que en nada se compadecen de las circunstancias fácticas descritas en los fallos del *a quo* y *ad quem*. Puedo concluir, que es presupuesto básico para analizar la competencia de la víctima en un delito, el saber al menos las actividades que realizó, para vincularlas tanto con el resultado dañoso como con las acciones de la persona a quien se tiene como responsable del hecho, con el fin de fijar en qué medida ha influido la participación de cada sujeto para la obtención del resultado; pero aún más allá de esto, es completamente trascendental si queremos aplicar esta institución de la teoría de la imputación objetiva, el fundar la autonomía con la que ha asumido el riesgo de su actuar la víctima, entendiendo a esta cualidad de la persona, como la capacidad de realizar una conducta sin depender de la injerencia, consejo o actuación de otras, lo que nos lleva, implícitamente, a examinar el proceso de conformación de su voluntad para determinar si la motivación de su actuar proviene de elementos endógenos o exógenos a sí misma, pues solo de esta manera se podrá conocer si el resultado lesivo ha sido producto de los actos del procesado (ya sean dolosos o culpables) o si deviene del solo actuar de la víctima y su esfera de autonomía, cuestión que en el caso concreto es de imposible análisis, en virtud de que nada se ha logrado extraer de las dos sentencias de instancia, respecto al actuar de NN el día de los hechos. He de manifestar, por último, que inclusive en el supuesto de existir prueba sobre las actividades que realizó NN y las motivaciones que lo llevaron a efectuarlas (apartarse del grupo), es difícil la aplicación de la imputación objetiva al caso concreto, debido a que la competencia de la víctima exige que actúe con su propia voluntad, intentando alcanzar un “(...) *fin consciente, determinado, voluntario, premeditado y planificado (...)*”³¹, el cual supere el riesgo permitido para la actividad a desarrollarse, lo cual hace necesario que el sujeto que asume dicho riesgo sea capaz de hacerlo, ya porque entiende lo que va a hacer y comprendiéndolo toma una decisión libre de efectuar la actividad; por tanto, su querer es autodeterminado y sin injerencia de ningún factor ex-

terno; y en el caso concreto, surge la indudable pregunta de si un adolescente de doce años de edad está en capacidad para asumir la responsabilidad de un acto que atente en contra de su vida, pues así como la imputación de un delito a determinada persona implica el fijar “(...) *un conjunto de presupuestos de índole psicológica emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho, traducidos en la aptitud para comprender su carácter injusto y para dirigir su accionar conforme a dicha comprensión (...)*”³², la competencia de la víctima nos lleva al análisis y comprobación de la existencia de los mismos presupuestos de índole psicológica, no ya para imputar la comisión de un delito, sino para establecer si el individuo tiene la aptitud necesaria para comprender el riesgo de una actuación y determinarse voluntariamente a efectuarla. Sentadas las bases para el debate, con lo manifestado *ut supra*, puedo indicar que de las sentencias tanto del *a quo* como del *ad quem*, se desprende que el procesado Guillermo Sánchez Arévalo advirtió a su grupo de alumnos respecto de los riesgos que presentaba el lugar al que iban a concurrir en grupo y que posteriormente sucedió el hecho que se juzga; riesgo, siempre y cuando no estuvieran en grupo, actividad que realizó, tal como lo manifiesta el voto salvado del doctor Víctor Llerena M., con juez de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, “(...) *al salir de la ciudad de Cuenca, y en el sector el Chorro del cantón Girón (...)*”. Estas indicaciones debemos encuadrarlas en el real entender de una persona de doce años, con el fin de establecer si puede concientizarse a sí misma de los resultados que pudieran devenir de la inobservancia de las reglas impuestas, pues sólo en ese caso podremos considerarle responsable del riesgo en el que han sido puestos sus bienes jurídicos, actividad que procedo a realizar. Si bien podemos decir que una persona de doce años de edad tiene ya conciencia discriminativa, por lo que puede “(...) *entender, comprender y valorar lo bueno de lo malo.*”³³, no se encuentra todavía en capacidad para dimensionar los reales resultados que pueden devenir de infringir lo determinado como bueno por una norma, pues para un adolescente de doce años de edad, el resultado más cercano y el que probablemente ha experimentado por el incumplimiento de una orden, es el castigo (entendido como una pena o amonestación que se debe cumplir por actos que no se deberán hacer, con el objeto de enmendarlos), el cual se sobrepone a la verdadera situación de peligro como fuerza para desincentivar su actuación; en otras palabras, podríamos llegar a suponer que este menor está en capacidad de frenar una acción que vulnera el riesgo permitido, por conocer del castigo que va a obtener por efectuarla, pero nunca podríamos establecer como cierto, que lo hará por estar totalmente consciente del peligro al que está exponiendo alguno de los

³¹ Mensías Pavón, Fabián. Psicología Jurídica. Universidad Central del Ecuador. Quito, Ecuador. Año 1997. Pág. 79.

³² Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Comlibros. Medellín, Colombia. Año 2007. Pág. 427.

³³ Mensías Pavón, Fabián. Psicología del Testimonio. Universidad Central del Ecuador. Quito, Ecuador. Pág. 65.

bienes jurídicos de los que resulta titular, lo que en el caso concreto, se traduce en prever su posible muerte, al alejarse de su grupo en un lugar peligroso; esto convierte a dicha acción ejecutada, en una conducta de la que su actor nunca pudo vaticinar el resultado, por su incapacidad de dimensionar las consecuencias de sus acciones, cuestión que deviene directamente de su desarrollo psicológico, tornándose inaplicable, de cualquier forma, la parte de la imputación objetiva que se refiere a la competencia de la víctima. Inclusive adentrándonos en el desarrollo psicológico de una persona, cuestión abordada específicamente por la psicología del desarrollo, puedo decir que los doce años de edad son la entrada a la adolescencia, lo cual inclusive ha sido tomado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 4, para determinar el inicio de esta etapa de la vida de un ser humano. En el inicio de esta fase, ha establecido el psicólogo David Elkind, que el adolescente tiene dos rasgos que le son sumamente característicos: **1) La Audiencia Imaginaria.**- En virtud de ésta, el adolescente supone que todas las personas "(...) se fijan mucho en él y lo critican (...) de que lo están vigilando y juzgando de continuo (...)"³⁴, aunque en realidad nadie le esté prestando atención, razón por la cual la persona piensa que siempre está actuando a la vista y paciencia de los demás; y, **2) La Fábula Personal.**- Es la "(...) sensación del adolescente de que es especial e invulnerable, que no está sujeto a las leyes de la naturaleza que controlan el destino de los mortales comunes (...)"³⁵. Es esta característica propia de la edad de la persona, la que hace que las consecuencias de sus actuaciones solo puedan ser entendidas por experimentación; por ejemplo, si una actividad resulta peligrosa y le es comentado al adolescente que varias personas han terminado lesionándose al realizarla, pensará que eso es algo que les pasó a los demás, pero que no le pasará a él, si tiene firme convicción en ello. Aterrizando estos dos supuestos en el caso concreto, se puede ver que esta forma de pensar del adolescente hace imposible que pueda medir el riesgo de sus actividades, en primer lugar, porque es propio de su edad el creer que nada malo le va a ocurrir, y en segundo lugar, porque inclusive aunque algo malo le llegara a pasar, al sentirse en un constante estado de vigilancia, devenido de su creencia en la audiencia imaginaria, piensa que siempre va a existir alguien que lo ayude. Todo esto, simplemente me lleva a reafirmar mi posición de incapacidad de aceptar la "competencia de la víctima", como un medio para determinar la falta de culpabilidad del procesado, desde el punto de vista dogmático, ya que en este caso la víctima, era

incapaz de dimensionar los resultados de su actuar. Esta conclusión a la que he llegado, de incapacidad de aplicar la competencia de la víctima para resolver el caso concreto, me lleva a tener que centrar el análisis nuevamente en el sujeto activo de la infracción, el cual llevaré a cabo, en respeto al principio de legalidad, mediante las dos normas jurídicas de mayor trascendencia para resolver la especie, los artículos 14 y 459 del Código Penal, actividad que realizaré a continuación.

1.1. De la correcta aplicación del tipo penal de homicidio inintencional.

El estudio de un homicidio inintencional conlleva intrínsecamente el análisis del querer subjetivo del autor del hecho, pues como primer requisito para considerar a un delito como culposo, se tiene la falta de dolo en la conducta del sujeto activo de la infracción, el cual se ve reemplazado por la culpa, esto es, de manera general, la falta de cuidado mostrada por un individuo en una determinada acción, concepto que es desglosado por el artículo 14 del Código Penal en los siguientes términos: "*La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos y órdenes (...)*"; por lo que, para establecer la existencia de un delito culposo, tenemos los siguientes elementos: **1) Que se haya presentado en la realidad un hecho que constituya delito, lo cual vendrá configurado por la comprobación de sus elementos objetivos en juicio. En el caso concreto, el homicidio acarrea no solo la comprobación del fin de la existencia de una persona, sino que dicha situación sea provocada por el actuar de otro individuo de la especie humana. Este elemento hace notar la necesidad de comprobar el desvalor de resultado en los delitos culposos, más allá del desvalor de la acción, el cual presentándose sin la concurrencia del primero, no constituye delito;** **2) Que el hecho delictivo, habiendo sido producto del actuar del infractor, provocándose una relación de causalidad entre éste y el resultado dañoso, no ha sido querido por el mismo, revelando que ha existido en su conducta, falta de intención dolosa; y, 3) Que el sujeto activo de la infracción, "(...) desde una perspectiva ex ante, es decir, a partir de los datos reconocibles en el momento de la ejecución de la conducta (...)", haya podido prever que su actuar podía (...) conllevar un riesgo jurídico, penalmente relevante (...)"³⁶, resultante en un delito, el cual de presentarse en la realidad, volvería claramente notorio que el infractor fue negligente³⁷, imprudente³⁸, falto de pericia³⁹, o que atentó claramente en contra del ordenamiento jurídico. El artículo 459 del Código Penal, no hace**

³⁴ Craig, Grace J. y Baucum, Don. Desarrollo Psicológico. Pearson Educación. Año 2001. Pág. 369.

³⁵ Craig, Grace J. y Baucum, Don. Óp. Cit. Supra. Pág. 369.

³⁶ Gálvez Villegas, Tomás Aladino; Rojas León, Ricardo César. Óp. Cit. Supra. Pág. 177.

³⁷ Cfr. Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. Año 1998. Pág. 701. Negligencia.- "(...) omisión por el autor de los debidos cuidados que no le permitieron tener conciencia de los peligros de su conducta de las demás personas o bienes."

³⁸ Cfr. Quiceno Álvarez, Fernando. Diccionario Conceptual de Derecho Penal. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, Colombia. Año 2004. Pág. 361. Imprudentia.- "(...) En la imprudentia, la omisión de los cuidados por el autor, se manifiesta en una conducta cuya peligrosidad para las personas, bienes o intereses ajenos reside en sí misma". En la conducta imprudente, el infractor actúa de una manera que no puede ser calificada de otra forma que no sea impulsiva.

³⁹ Cfr. Goldstein, Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 568. Impericia.- "Para el ejercicio de una actividad relativa a una profesión o a un arte, se supone la previa existencia de conocimientos que lo faciliten o faculten; si, en cambio el agente actúa con desconocimiento, se dice que obra con impericia."

más que recoger lo expuesto en líneas anteriores, para especificarlo en el delito de homicidio; así, las situaciones de obtención del resultado de muerte, previsibilidad y ausencia de dolo son incorporadas a un tipo específico, pero tomadas de la norma general del artículo 14 *ejusdem*. En el caso concreto, el primer requisito para la existencia de un homicidio culposo viene dado por la comprobación de la muerte de una persona, esto es, el menor de 12 años NN, suceso que de lo relatado en las sentencias recurridas, se ha dado con fecha 11 de febrero del 2011, en el sector de las cascadas de El Chorro, propiedad de la Municipalidad de El Girón, más específicamente, en la segunda de las cascadas, desde la cual ha caído el adolescente, ahora occiso, por circunstancias que son desconocidas para ambos órganos jurisdiccionales de instancia. En cuanto a la ausencia de dolo en el actuar del profesor Guillermo Sánchez Arévalo, esto también deviene de la comprobación de los hechos que se ha dado en las sentencias de primera y segunda instancia, pues la existencia de este elemento conlleva el justificar una “(...) *coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere (...)*”⁴⁰; es decir, entre su voluntad de causar un resultado nocivo para un bien jurídico protegido mediante la normativa del ordenamiento jurídico, y las acciones que ha tomado para conseguir dicha finalidad, lo que en el presente caso no se ha presentado, debido a que en el peor de los escenarios, lo único que podría devenir de la conducta del procesado es su negligencia (elemento del que se procederá a comprobar su presencia con posterioridad al presente análisis), pues no hay ningún dato que este Tribunal pueda extraer de los proporcionados por las sentencias de instancia, que le haga notar que el sujeto activo del delito quiso el resultado de muerte del menor NN. Ahora bien, el ejercicio reflexivo, del caso concreto, encuentra su punto álgido en la previsibilidad del suceso dañoso que pudo haber tenido el sujeto activo, pues es en virtud de este elemento, y de ningún otro, que podremos llegar a formar un nexo entre los actos del procesado y la muerte del menor NN. Puedo decir que la previsibilidad, es la capacidad que tienen una persona, dadas ciertas circunstancias objetivamente determinables por ella, de establecer los peligros que podrían devenir de su actuar; en virtud de esto, se afirma que si no cumple con las previsiones debidas para anular esos posibles peligros, se le podría considerar responsable de los resultados dañosos que se produzcan, ya que le era exigible otra conducta, la cual resultaba mayormente acorde a derecho. Fijada de esta manera la previsibilidad, es necesario indicar parámetros dentro de los cuáles debe ser medida; pues, pedir de los individuos precauciones sin límites, llevaría a absurdos de imputación, extendiendo el Derecho Penal a ámbitos de los cuales no se debería preocupar. Los límites de la previsibilidad, han sido

fijados usualmente en virtud de las capacidades de comportamiento genéricas; así, en el Derecho Civil ecuatoriano, se sigue considerado como medidor de la responsabilidad al comportamiento de lo que se califica como un buen padre de familia, es decir, un “(...) *hombre previsor y prudente (...)*”⁴¹, pero considero que dicho criterio no es razonable, pues en palabras de Zaffaroni, con quien comparto, “(...) *es una construcción artificial que no existe en la realidad, pues es inconcebible un imaginario de ser humano prudente que sea profesional de todas las artes y las ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes.*”⁴²; siguiendo su línea, pienso que un mejor acercamiento del tema implica fijar un “estándar mínimo de previsibilidad”, “(...) *compartido por casi todos los integrantes de una cultura, así, en tanto el estándar medio es imaginario, el mínimo es real y verificable (...)*”⁴³; por lo tanto, dada una circunstancia concreta, el actuar de una persona podrá ser considerado culposo, solo si no tomó las medidas de seguridad que cualquier individuo, independientemente de sus conocimientos especializados en determinada ciencia o profesión hubiera tomado; esto es, se atiende a reglas básicas de previsibilidad y no a aquellas que devienen del desarrollo propio de una profesión, arte u oficio, y que se exigen a quien medianamente está capacitado para ello. En el caso concreto, y siguiendo los lineamientos trazados, podemos resaltar dos hechos básicos, extraídos de las sentencias de instancia, que ayudarán en la solución del problema jurídico planteado: 1) El procesado Guillermo Sánchez Arévalo no era guía turístico, ni estaba entrenado mediante conocimientos especiales para hacer el recorrido de ascenso a las dos cascadas que conforman el sector de “El Chorro”, esto no se ve mitigado por el hecho de que haya realizado dicho recorrido por ocho años consecutivos, pues los conocimientos que pudo haber adquirido de sus anteriores viajes son solo empíricos; y, 2) Respecto de la La zona del “El Chorro”, las dos cascadas que la conforman, así como sus senderos, el tribunal *a quo* ha manifestado, en el numeral quinto de su sentencia, lo siguiente: “*Acerca de la tarvesía (sic) cumplida por el grupo a cargo del Profesor Sánchez, niños y adultos han señalado que ninguno de los dos senderos, representó peligro alguno y que no era necesario de ningún equipo especial para transitarlos. Aunque algunos hayan señalado que las condiciones climáticas no eran de las mejores, reportan llovizna, algo de neblina, lodo, incluido el profesor Sánchez quien ha señalado haber advertido humedad y llovizna intermitente. De la misma manera al referirse al cruce del arroyo, riachuelo, etc. Dicen que de ida y vuelta lo hicieron sin dificultad, y ciertamente, por más que el señor Fiscal haya querido magnificar el caudal, las fotografías, los testimonios de los policías que practicaron los reconocimientos del lugar, demuestran un bajo nivel de agua y ausencia de potencia*

⁴⁰ Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ara Editores. Lima, Perú. Año 2004. Pág. 237.

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 433.

⁴² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 434.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 434.

en la corriente en la parte que debieron cruzar el día de los hechos (...)”. En virtud de lo expuesto, resulta claramente acertado el afirmar que el camino recorrido por el grupo de alumnos del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, el día 11 de febrero del 2011, no resultaba peligroso y que no necesitaban de un guía experto para poder efectuar el recorrido, por lo que la previsibilidad que debió haber tenido el profesor Guillermo Sánchez Arévalo, de los riesgos que se pueden ocasionar en estas circunstancias, se limitan a los objetivamente determinables por un adulto que se halla a cargo de un grupo de adolescentes. Debo añadir además, que no podemos asumir como previsible para el procesado el que uno de sus alumnos cayera por el precipicio, pues de los hechos consagrados en los fallos de instancia, se puede concluir que en la primera cascada el sendero estaba plenamente delimitado, tenía protecciones a los costados y contaba con señalización; y en la segunda cascada, el sendero que se dirige a ella se distanciaba aproximadamente en veinte metros del borde del precipicio, es decir, no presentaba peligro para quien hace el recorrido por el sendero; con esto, se puede afirmar que la previsibilidad exigida al procesado, se puede extender solo hasta el cuidar que las personas no corran, caminen con cuidado (por la llovizna que produce lodo en el camino) por el hecho de poder resbalarse y caer al piso, cuestión que podría haber resultado en una lesión. Una vez fijado el riesgo en virtud del cual se debieron tomar las medidas de seguridad, debemos considerar las acciones del procesado tendientes a cumplir con esas medidas, las cuales, tal como constan en los fallos de instancia, se reducen a tres: **1)** Como ya se ha consignado *supra*, la primera se refiere al impartir instrucciones de seguridad básicas: “no correr”, “no separarse”, “avisar de cualquier novedad que se presente”, las cuales impartió el procesado Sánchez al momento de salir de la ciudad de Cuenca, y en el sector el Chorro del cantón Girón; **2)** La presencia de padres de familia o familiares de los alumnos, con la finalidad de ayudar a controlar su disciplina en todo momento. Fueron Fernanda Barros Sarmiento (hermana de uno de los adolescentes), Gladys Yolanda Sarmiento (madre de Michel Castro Córdova) y Wilmer Javier Ureña Rivas (hermano de Talía del Cisne Ureña Rivas), los que acompañaron a Guillermo Sánchez Arévalo al paseo con el grupo de adolescentes; y **3)** El procesado dispuso que los adolescentes se ordenen en una sola fila, uno tras otro, dando indicaciones además, a los adultos presentes para que turnándose, se dirija uno delante del grupo, dos en el medio y uno en la parte trasera del mismo, con la finalidad de tener control del grupo. Comparando las medidas de seguridad tomadas por el procesado Guillermo Sánchez Arévalo, con el estándar mínimo de conducta que le era exigible a un adulto en su situación, no puedo llegar a la conclusión de que se haya apartado de tal forma de actuar, pues todos sus actos, indicaciones y decisiones se han dirigido a evitar el peligro del cual podía ser consciente, esto es, del posible resbalón y caída en su propio terreno, de alguno de los adolescentes, que por correr o jugar, podría haberse lastimado; así, les advirtió de las consecuencias

de separarse del conglomerado y les dio indicaciones para mantenerlos seguros, dentro de una ruta que no presentaba mayor peligro para ellos; y, afirmo su seguridad con la presencia de otros adultos en el grupo, a quienes organizó para mantener el control de la situación; por lo tanto, en los términos en los que han sido fijadas la negligencia, la imprudencia y la impericia, no pueden ser adecuadas al actuar del procesado Guillermo Sánchez Arévalo. Esta conclusión a la que he llegado, me lleva a asegurar que tanto el tribunal *a quo*, como el tribunal *ad quem*, han realizado una errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 459 del Código Penal, en cuanto le han dado un sentido y alcance a su contenido, que no es propio del espíritu de la norma, utilizándola de esta manera, para juzgar al procesado, razón por la cual procede una casación de oficio, en virtud de que el ahora recurrente, si bien ha argumentado razones jurídicas para fundamentar su recurso, no ha mencionado la norma jurídica que considera violada, omisión que debe ser suplida por el Tribunal de Casación, en virtud de la efectiva existencia de un error de derecho, en el fallo recurrido, que conlleva a la ratificación del estado de inocencia de Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo. **2. Del recurso propuesto por María Isabel Calderón Mora. 2.1. En cuanto al procesado Guillermo Sánchez Arévalo.** La falta de responsabilidad del procesado Guillermo Sánchez Arévalo, por el delito de homicidio inintencional de NN, lo que provoca la inmediata ratificación de su inocencia, ha sido comprobada en los términos descritos en el numeral 2.2 de este voto concurrente, lo que hace imposible el aceptar las alegaciones de la recurrente con respecto a este sujeto procesal, razón por la cual deben declararse improcedentes sus fundamentos de casación, respecto del también recurrente Guillermo Sánchez Arévalo. **2.2. En cuanto a la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.** Con relación a la violación de los artículos 85 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que aduce la recurrente que se ha producido en la sentencia del juzgador de instancia, no encuentro coherencia entre el argumento expuesto y la motivación de la sentencia recurrida, pues la primera de las normas citadas prevé la finalidad de la prueba, es decir, que la norma se podría considerar violada si el juzgador de instancia intenta establecer con el acervo probatorio, una circunstancia diferente a la “(...) existencia de la infracción (...)”, o la “(...) responsabilidad del procesado.”; o, en otro escenario, si el órgano jurisdiccional competente justifica dichas circunstancias, con otros elementos que no sean los medios de prueba aportados por los sujetos procesales. Por otro lado, la segunda de las normas enunciadas dispone la manera en la cual ha de establecerse la presunción del nexo causal entre la infracción y sus responsables, esto quiere decir, que este artículo se verá vulnerado cuando el juzgador omita alguno de los requisitos que prevé la norma para realizar dicha actividad. En el caso concreto, no se logra determinar que el *ad quem* o el *a quo*, hayan utilizado para comprobar las dos premisas básicas del juicio penal, elementos ajenos al acervo probatorio aportado por los sujetos procesales, ni que

hayan utilizado el material probatorio para otros fines que no sean los mencionados en el párrafo anterior, razón por la cual no puedo considerar como vulnerada dicha norma jurídica. En cuanto a la correcta aplicación del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, debo advertir que las razones por las cuales los juzgadores han ratificado el estado de inocencia de la procesada, vienen dados por la falta de control que la agencia turística a su cargo tenía sobre la segunda cascada de la zona “El Chorro”, lugar desde donde se ha precipitado el adolescente NN, lo que hace irrelevante el que la procesada haya cumplido con los deberes de cuidado que tenía sobre la zona que era de su exclusivo control. Esta afirmación la hacen los juzgadores de instancia, basados en nuestro propio sistema penal, el cual no exige para comprobar la existencia de un delito culposo tan solo el desvalor de la acción, lo que llevaría a afirmar que “(...) *el tipo penal pretende impedir finalidades prohibidas (...)*”⁴⁴, por lo que bastaría la conducta negligente, imprudente o imperita para declarar punible un hecho, sin considerar el resultado nocivo para algún bien jurídico protegido; por esto, también se exige un desvalor de resultado, devenido de esa conducta, el cual la vuelve de relevancia para el Derecho Penal. En virtud de ello (la exigencia de ambos desvalores para considerar a alguien imputable por una conducta), podemos decir que es irrelevante que la actuación de la procesada haya o no sido negligente, imprudente o imperita, pues al no haberse producido el resultado dañoso en el área bajo su control, no hay manera de vincularlo con su actuar, lo que torna infructuosa cualquier alegación respecto a la debida aplicación del artículo 88 del Código Penal, pues sean cuales sean los indicios de los cuales se quiere partir para determinar una presunción de nexo causal entre la infracción y la procesada, se ven destruidos por el hecho de que la misma no tenía responsabilidad sobre la zona en la que se produjeron los hechos. En virtud de lo expuesto, es imposible declarar la culpabilidad de la procesada Mónica Catalina Rivas Calle, lo cual vuelve infructuosos los pedidos de la recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, así como la determinación de una indemnización, en virtud de lo dispuesto en los artículos 309.5 *ejusdem* y 78 de la Constitución de la República. **2.3 En cuanto al procesado Andrés Gómez Pulla.** En este punto de las alegaciones de la recurrente María Isabel Calderón Mora, me permito utilizar el análisis hecho para determinar la ausencia de responsabilidad de la procesada Mónica Catalina Rivas Calle, pues si bien la impugnante ha cambiado los artículos por los cuales alega la vulneración al derecho, siendo esta vez mencionados por la casacionista, para tal fin, los artículos 359 y 360 del Código Penal, el resultado infructuoso es el mismo que en el de la mentada procesada; más aún, cuando se ha comprobado por los juzgadores de instancia, que las labores que prestaba Andrés Gómez Pu-

lla, devenidas de su contrato de trabajo, eran las de limpieza y servicio, por lo que no tenía obligación en asumir ningún cuidado respecto a la seguridad de los turistas que visitaban la primera cascada, peor aún en hacerlo en cuanto a aquellos que se aventuraban a la segunda, pues ni siquiera formaba parte de la zona manejada por su empresa empleadora. Razón por la cual, los argumentos de la recurrente son improcedentes para causar que se case la sentencia recurrida. Habiendo clarificado las razones por las cuales he llegado a tomar la misma decisión que se ha adoptado en la sentencia de mayoría, concuro con mi voto a su aprobación, esto es, casar la sentencia por errónea interpretación del artículo 459 del Código Penal, ratificándose así el estado de inocencia de Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo; y, desechar en todas sus partes el recurso de casación propuesto por la acusadora particular María Isabel Calderón Mora, ya que si bien lo ha fundamentado, no ha llegado a demostrar la fehaciente existencia de un error de derecho en la sentencia recurrida.

f.) Dra. Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.



XI

Juicio nro. 2012-0008

Juicio penal en contra del señor Cristian Miguel Palacios por cultivo de plantas sujetas a fiscalización.

SÍNTESIS:

La Constitución de la República, al establecer las garantías del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3, que: “solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que establece el artículo 82 de la Constitución, al señalar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, las que aplicadas al caso concreto, que Cristian Palacios Bonilla, sembró una semilla de marihuana cuando tenía 17 años y luego ésta se transformó en árbol cuando aún era adolescente, de la que se proveía del vegetal para saciar su adicción, que está justificada con la experticia pertinente, por lo que debió ser juzgado con el Código de la Niñez y Adolescencia, por su minoría de edad. Este Tribunal es respetuoso y debe hacer respetar las normas del debido proceso, otorgando la debida tutela judicial efectiva y garantizando la seguridad jurídica a través de un proceso

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Óp. Cit. Supra. Pág. 389.

penal que cumpla con las exigencias que el sistema penal requiere para la imposición de la pena, a quien ha desviado su conducta, ya que el proceso penal pretende restablecer la armonía social quebrantada por la comisión de una infracción, la misma que se da una vez que por medio de la pena, se establece la sanción respectiva, para lo cual es necesaria la vigencia del principio de tutela judicial efectiva, y el respeto de las normas del debido proceso que en este caso, son las establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia. También hay que tener presente que la tenencia para el consumo de marihuana, se despenalizó en la Ley N° 25, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial nro. 173, del 15 de octubre de 1997, habiéndose codificado en el Registro Oficial nro. 490 del 27 de diciembre de 2004, por lo que el adicto no comete delito, constituyéndose según la norma constitucional del 2008, en un enfermo, sin que deba ser criminalizado.

FALLO DEL TRIBUNAL PENAL

Juez Ponente: Dr. Farid Manosalvas G.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IMBABURA. TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES. Ibarra, viernes 17 de febrero del 2012. Las 14h30.

VISTOS: El señor Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de CRISTIAN MIGUEL PALACIOS BONILLA, por considerar que existe elementos de convicción graves y fundados que le permiten presumir, es autor del delito tipificado y sancionado por el art. 57 en relación con el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que una vez ejecutoriado el referido auto y luego del sorteo de ley radicó la competencia en este Tribunal. Se ha cumplido la audiencia de juzgamiento respectiva de conformidad al art. 277 y siguientes del Código de Procedimiento Penal posterior a la reforma del 24 de marzo del 2009, por lo que la causa se encuentra al momento en estado de resolver y para hacerlo se considera: **PRIMERO: VALIDEZ PROCESAL:** La causa se ha tramitado conforme a las normas procesales vigentes, respetando las garantías constitucionales del debido proceso exigidas por la Constitución de la República del Ecuador, por lo que no existe omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa y por cuyas razones se declara la validez de todo lo actuado en el proceso. **SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa en razón de la materia y el territorio conforme a los arts. 21 numeral 1 y 28 del Código de Procedimiento Penal. **TERCERO: LOS HECHOS:** Esta causa se inicia con fundamento en los partes informativo y de detención adjuntos a los oficios nros. 11-1198-JPAI-CP-12 y 11-1204-PJAI-CP-12, de fechas 13 y 14 de octubre, respectivamente, teniendo conocimiento que: en la calle San Salvador s/n, entre Guaranda y Riobamba, sector Azaya, parroquia Guayaquil de Alpachaca, de esta ciudad de Ibarra, provincia de Imbabu-

ra, agentes antinarcóticos previa autorización legal para allanamiento han ingresado a un domicilio, en el que a su registro han encontrado: en el patio de dicho domicilio una planta de posible marihuana de dos metros de altura aproximadamente; en el dormitorio de Cristian Palacios y en el interior de un armario tres ramas de dicha planta; dentro de un velador una caja conteniendo varias hojas del vegetal; y, entre el tumbado y techo del inmueble dos ramas de la misma planta. Que al registrar a Cristian Palacios Bonilla han encontrado en el interior de su mochila una papa y una manzana, utilizadas como pipas, procediéndose a su detención y a la incautación de dicha planta y producto, a las que realizadas la prueba preliminar de campo han dado positivo para marihuana, con un peso total bruto de 6.860 gramos. **CUARTO: IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO:** El acusado responde a los nombres de: CRISTIAN MIGUEL PALACIOS BONILLA, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía nro. xx, de 19 años de edad, estado civil soltero, estudiante, domiciliado en la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, actualmente en libertad por haberse dictado a su favor medida sustitutiva. **QUINTO: EL JUICIO:** La finalidad de la etapa del juicio es comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según ello, condenarlo o absolverlo. En tal virtud, los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento han formulado las siguientes pruebas documentales, materiales y testimoniales: por parte de la FISCALÍA: la Dra. Hilda Ruiz al formular la teoría del caso, presenta la relación de los hechos en forma sucinta y con la finalidad de probar su posición procesal presentó: 1. El testimonio de la Dra. Guillermina Cleotilde Gallo Zea, quien debidamente juramentada, dijo: haber realizado previa posesión legal la pericia química del vegetal incautado, el que luego de haber sido sometido al procedimiento respectivo ha llegado a la siguiente conclusión: "...5.1 "LAS CUATRO MUESTRAS DE FRAGMENTOS VEGETALES SECOS DETALLADAS EN 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, DENTRO DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL nro. 100101811100155 (JUZ. nro. 2136-2011), CASO 081, CASO JURISDICCIÓN NRO. 02-074-2011 PALACIOS BONILLA CRISTIAN MIGUEL CORRESPONDEN A MARIHUANA...". 2. El testimonio del Dr. Ulysses Romeo Flores Albuja, quien debidamente juramentado expresó: haber realizado y suscrito el acta de entrega recepción de posible estupefaciente para depósito en el CONSEJ, correspondiendo a: una envoltura con un arbusto en estado natural de dos metros de alto aproximadamente, con un peso neto de 6.100 g.; una caja conteniendo varias hojas con un peso de 450 g., tres ramas con un peso de 210 g., y dos ramas más con un peso de 100 g., con un peso total recibido de 6.860 gramos. De igual forma, dice que se ha realizado la diligencia de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia incautada, con los siguientes pesos: Bruto 6.860 g., neto 6.840 g. y peso destruido de 6.836 g. 3. El testimonio del Cbop. Edison Darwin Posso Malquín, quien previo el juramento de ley, manifestó: que en su calidad de Auxiliar de

Bodega de la Jefatura Antinarcóticos de Imbabura, ha procedido a recibir la sustancia entregada por el Suboficial Hugo Aguirre, encontrada en el interior del inmueble ubicado en las calles San Salvador, entre Guaranda y Riobamba, Barrio Azaya de esta ciudad de Ibarra, correspondiendo a un arbusto en estado natural con un peso de 6.100 gramos; una caja con varias hojas con un peso de 450 g.; tres ramas de posible marihuana con un peso de 210 g.; y, dos ramas con un peso de 100 gramos aproximadamente, dando un peso total de 6.860 gramos. De igual forma, dice haber realizado la prueba preliminar con el reactivo Duquenois a los vegetales dando positivo para marihuana, como consta en el manual para pruebas de identificación preliminar homologada PIPH.4. El testimonio del Suboficial Segundo Néstor Aguirre Muñoz, quien debidamente juramentado, dijo: haber elaborado los partes policiales informativo y de detención; que con fecha 13 de octubre del 2011 habían recibido información que en un domicilio del barrio Azaya, calle Salvador, entre Guaranda y Riobamba se estaría sembrando marihuana, por lo que se ha elaborado el parte respectivo e informado a la Fiscalía; que luego de obtener la orden de allanamiento, se ha ingresado al domicilio donde se ha encontrado: una planta de posible marihuana sembrada en el patio; en un armario del dormitorio tres plantas secándose; dentro de un velador una caja con tres ramas de la misma planta; y, entre el tumbado y el techo dos ramas adicionales de marihuana. Dice también, que al llegar Cristian Palacios al domicilio y proceder a su registro han encontrado en el interior de su mochila pipas de manzana y papa, procediéndose a su detención. Reconoce el acusado como la persona que ha sido detenida el día del allanamiento. Manifiesta también, haber sido él quien extrajo la planta del suelo y que en presencia del acusado se ha procedido al pesaje de la misma y realización de la prueba preliminar de campo. 5. El testimonio del Cbop. de Policía Jorge Leandro Arévalo Cazares, quien debidamente juramentado, manifestó: haber tomado procedimiento en el caso, elaborando y suscrito (**sic**) los partes informativo y de detención del acusado; que ha intervenido en el allanamiento al inmueble de la calle San Salvador, domicilio donde se ha encontrado en el patio un arbusto de aproximadamente dos metros de altura; en un cuarto utilizado como dormitorio por el acusado, dentro de un armario tres ramas; en el interior de un velador una caja con hojas de la misma planta; y, entre el tumbado y el techo dos hojas como secándose. Que ha llegado el acusado Cristian Palacios a quien le han registrado, teniendo (**sic**) y teniendo en el interior de su mochila una manzana como pipa y le han detenido. 6. El testimonio del Cbop. de Policía Diego Fernando Flores Bolaños, quien previo juramento legal, manifestó: trabajar en la Unidad de Apoyo de Criminalística de Imbabura y haber realizado el informe de inspección ocular técnica, el 14 de octubre del 2011, a las 18h15, en esta ciudad de Ibarra, parroquia Guayaquil de Alpachaca, barrio Azaya, calle San Salvador s/n, entre Guaranda y Riobamba, domicilio de la señora Patricia Bonilla, lugar en el que ha procedido a fijar cinco indicios

conforme constan del informe presentado. Dice haber entrado al inmueble en virtud de la orden de allanamiento emitida por la autoridad. 7. El testimonio del Sgto. de Policía Manuel Alberto Zapata Pazos, quien luego del juramento de ley expresó: que en calidad de Perito Criminalístico y previa legal posesión ha realizado el informe de reconocimiento del lugar de los hechos, correspondiendo a una escena abierta, ubicada al centro-oeste de la ciudad de Ibarra, parroquia Alpachaca, calle San Salvador s/n, entre Guaranda y Riobamba, tratándose de un sector poblado con las calles San Salvador y Guaranda de primer orden y adoquinadas, la Riobamba de tercer orden y empedrada, con existencia de servicios básicos y poca afluencia peatonal, lugar donde se encuentra el inmueble donde tuvieron lugar los hechos, al costado derecho de la calle San Salvador, con un cerramiento de ladrillo, color blanco y una puerta metálica pequeña de color negro, que sirve de ingreso principal; y, que no se ha realizado el reconocimiento interior del mismo porque no había persona alguna. 8. El testimonio de la Dra. Graciela Jaqueline Vizcaino Chinchuna, quien debidamente juramentada, dijo: en su calidad de Perito ha realizado el examen psicosomático del acusado Cristian Miguel Palacios Bonilla, el mismo que tiene por finalidad conocer como ha sido la vida de la persona, si consume marihuana y alcohol, conociendo que se encuentra sometido a terapia; que sus mucosas se encontraban congestionadas y deshidratadas, y los pulpejos de sus dedos pulgar e índice amarillos, por el consumo de estupefacientes; que se ha presentado intranquilo, inquieto, con angustia, entre otros. Dice tratarse de un dependiente crónico y que la cantidad de psicotrópico encontrado es excesivo para consumo inmediato, si se considera que treinta gramos de marihuana pueden ser suficiente para un consumo de dos o tres horas con amigos y recomienda que el acusado debe recibir un tratamiento pertinente en una comunidad terapéutica para controlar su abstinencia y rehabilitación. Como prueba documental incorpora y acredita las pericias técnicas realizadas y otros, así: a. Acta de posesión del cargo de perito de la Dra. Guillermina Cleotilde Gallo Zea y el correspondiente informe pericial químico, concluyendo que la sustancia incautada en el domicilio del acusado Cristian Palacios corresponde a marihuana. b. Acta de entrega recepción de posibles estupefacientes para depósito en el CONSEP Imbabura, entre Dr. Ulysses Flores y Cbop. Edison Posso; así como también, el acta de pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, en la que consta que la sustancia incautada corresponde a marihuana, con un peso bruto de 6.860 g., peso neto 6.840 g. y peso destruido de 6.836 g. c. El acta de verificación y pesaje de la droga incautada, con un peso bruto total de 6.860 gramos y el resultado de la prueba preliminar de campo PIPH, misma que ha dado positivo para marihuana. d. Parte policial de detención de Cristian Miguel Palacios Bonilla, con sus circunstancias, elaborado por los policías Hugo Aguirre, Jorge Arévalo y Wilson Andrade. e. Parte policial informativo respecto de una información reservada de posible sembrío de plantas de marihuana en el

interior de un inmueble en el sector de Azaya, calle Isla San Salvador, entre Guaranda y Riobamba, y denuncia respectiva. f. El informe pericial de inspección ocular técnica, realizado por el Sgto. Viviana Gutiérrez y Cbop. Diego Flores Bolaños. g. Informe pericial de reconocimiento del lugar de los hechos con la respectiva acta de posesión del perito Sgts. Manuel Zapata Pazos. h. Petición y providencia de autorización de allanamiento al inmueble donde habitaba Cristian Palacios, otorgada por el Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura. i. Acta de posesión de la perito Dra. Graciela Jaqueline Vizcaíno Chinchuna e informe psicosomático, estableciéndose que el acusado Miguel Palacios es dependiente crónico de marihuana y que la cantidad de sustancia incautada es excesiva para el consumo inmediato. j. Certificado penal y razón de antecedentes penales correspondientes al Primer y Segundo Tribunal de Garantías Penales, respectivamente. Para la exposición de motivos de LA DEFENSA, relato de los hechos y petición de pruebas, el Dr. Fabián López Monteros, defensor de Cristian Miguel Palacios Bonilla, presentó la siguiente prueba: 1. El testimonio de Israel Wladimir Pastrana Zumárraga, quien previo juramento de ley, manifestó: ser compañero de estudios del acusado Cristian Palacios en la Universidad Técnica del Norte donde cursan Cuarto Semestre de Diseño Gráfico, conociéndose desde el ingreso a dicha casa de estudios, da razón que su compañero es un consumidor y que no vende ninguna sustancia prohibida y menos marihuana. 2. El testimonio de David Alfonso Capelo Escobar, quien debidamente juramentado, dijo: conocer al acusado por más de seis años, habiendo sido compañeros de estudios en el Colegio Teodoro Gómez de la Torre, indica que Palacios era consumidor de marihuana porque le ha contado él hace un año atrás. 3. El testimonio de Kevin Paúl Yépez Ruiz, quien previo juramento legal, expresó: conocer al acusado Cristian Palacios desde el segundo curso de colegio; que estudia en la Universidad Técnica del Norte y que una vez ha visto que Cristian Palacios se iba a la parte posterior de la universidad, haciéndole presumir que iba a consumir droga con sus amigos; que conocía que el acusado sabía consumir marihuana con sus amigos, pues, dice que es conocido que en la carrera de Diseño Gráfico donde estudia Palacios se consume droga. 4. EL TESTIMONIO DEL ACUSADO Cristian Miguel Palacios Bonilla, quien debidamente advertido de los derechos y garantías constitucionales y legales que le asisten, del conocimiento de los cargos formulados en su contra y de la gravedad de los mismos; así como también, las consecuencias que pueden derivar de ser encontrado culpable y que tiene derecho a la defensa, razón por la cual se encuentra asistido por su Abogado defensor, previo el juramento de ley, dijo: haber comenzado a consumir marihuana por curiosidad y por problemas familiares, como la separación de sus padres; que la sustancia le proporcionaba un amigo llamado Naldo, quien le ha hecho probar y le ha enseñado a consumir, lo que hacía en su casa, universidad y en otros lugares, por lo menos cuatro veces al día. Con relación a la

planta encontrada en su domicilio, refiere que le han regalado unas semillas, las que las ha sembrado en una maceta, a la que una vez que nació y crecía le ha pasado a la tierra; que cuando recibió la semilla desconocía se trataba de marihuana sino después; que sus hojas las tomaba para su consumo, para lo cual secaba ya sea con una plancha o en microondas; que no ha vendido la sustancia ya que era para su consumo; que las pipas de manzana y papa le servían para consumo de la droga en la universidad, lo que hacía sólo, aunque sus compañeros sabían compartirle la droga. Como prueba documental presenta: a. Dos reportes de calificaciones conferidos por la Secretaría de la Facultad de Educación Ciencia y Tecnología, Escuela de Educación Técnica, Carrera Diseño Gráfico, de la Universidad Técnica del Norte, correspondiente al acusado Cristian Palacios Bonilla. b. Seis certificados de antecedentes penales conferidos por los tribunales y juzgados penales de Imbabura, sin tener causas ni sentencia en su contra, anteriores. c. Certificado conferido por el Dr. Byron Sandoval, quien da razón que el acusado asiste a su consulta desde el 21 de octubre del 2011 y llevando un proceso de recuperación. Se excluye este documento por violar el principio de la intermediación procesal. **SEXTO: EL DEBATE:** Con la finalidad de justificar cada sujeto procesal la teoría del caso presentada en la audiencia de juzgamiento, en EL DEBATE, dicen: LA FISCALÍA. Representada por la Dra. Hilda Ruiz, luego de analizar pormenorizadamente la prueba actuada al amparo del principio de legalidad, esto es, solicitada, ordenada, practicada e incorporada en el juicio, manifiesta haber justificado su teoría del caso formulada al inicio de la audiencia, la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado conforme a los arts. 83, 85 y 88 del Código de Procedimiento Penal, por lo que formula acusación conforme al art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el art. 42 del Código Penal y art. 46 nro. 5 y 82 de la Constitución de la República, en contra de Cristian Miguel Palacios Bonilla, como autor del ilícito acusado para quien solicita se imponga la pena considerando que éste ha sido la persona que ha sembrado y explotado la sustancia incautada (cannabis-marihuana). Por su parte, EL DEFENSOR del acusado Cristian Miguel Palacios Bonilla, Dr. Fabián López Monteros, luego de realizar una valoración de las pruebas evacuadas en la audiencia de juzgamiento en favor de su patrocinado, dijo que: se debe considerar que el peso de la planta corresponde a su humedad y los líquidos que poseía, cuyo secado el acusado hacía de manera artesanal; que se tenga en cuenta que el Policía Diego Flores no ha sido posesionado para la realización de la inspección ocular técnica; que su patrocinado es consumidor, haciéndolo cuatro veces al día a razón de 30 gramos de marihuana cada consumo da un total de ciento veinte gramos; que en el allanamiento se ha encontrado una sola planta de marihuana y que el art. 57 de la Ley de la materia dice que para tratarse de cultivo deben ser más de dos plantas; que conforme al art. 2 del Código Penal no se puede juzgar por un delito que no se encuentra tipificado. También, solicita se consideren los

atenuantes justificados entre los que se considerará el del art. 85 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupeficientes, por cuanto el acusado es menor de 21 años y además se tenga en cuenta que en el presente caso se ha roto la cadena de custodia. Finalmente, solicita se ratifique la inocencia de su defendido Cristian Palacios. **SÉPTIMO: DE LA PRUEBA:** La actividad probatoria debe estar orientada a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que manifiesta que la prueba establecerá tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado; en el mismo sentido el art. 252 *ibidem* dice que, la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en la etapa del juicio, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales que se hubieren practicado en la instrucción fiscal. Por lo tanto, la prueba estará orientada y determinada por el tipo penal acusado, el mismo que conforme al art. 62 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, dice: “Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupeficientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales”; así como también, se hará conocer la forma y mecanismos utilizados por los potenciales intervinientes y sujetos activos tendientes a lograr su propósito y su estado de conciencia y voluntad al momento del hecho. Así, a este Tribunal le está vedado pronunciarse respecto de pruebas que no se hayan actuado en la audiencia de juzgamiento, con excepción de anticipos jurisdiccionales, si los hubiere, pruebas que se cumplirán conforme a los principios constitucionales de oralidad, dispositivo, intermediación y concentración, para que se pueda evidenciar si dichas pruebas han cumplido su principal finalidad, cual es el conocimiento o convencimiento del juzgador, con lo cual procederá a resolver respecto de la cuestión de fondo, actividad en la que se hará uso de la sana crítica de la que está investido el juzgador, esfuerzo éste que se evidenciará al motivar la respectiva resolución. **OCTAVO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA:** El Segundo Tribunal de Garantías Penales de Imbabura una vez que ha analizado la prueba actuada en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, llega a la conclusión que en la causa y en virtud de la prueba legalmente actuada en el curso de la audiencia de juzgamiento y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 83 del Código Adjetivo Penal que se refiere a la legalidad de la prueba y que dice: “La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este código...”, se ha justificado conforme a derecho los presupuestos exigidos por el art. 85 del Código de Procedimiento Penal, esto

es, la existencia de la infracción y la responsabilidad de Palacios Bonilla en el ilícito, presupuestos justificados con la prueba incorporada y acreditada en la audiencia de juzgamiento llevada a efecto; señalando que de la prueba presentada por la Fiscalía se ha logrado determinar que el acusado ha sido la persona que con pleno conocimiento de causa ha procedido a sembrar una planta de marihuana en el inmueble de propiedad de su madre, recolectando su producto para su consumo, cantidad que es exagerada para consumo personal, para lo cual cogía el producto de la planta, secaba sus hojas al ambiente, con plancha o en microondas, para obtener de ella el mejor provecho. Lo anterior ha sido corroborado con el testimonio del acusado Cristian Palacios, al manifestar que ha sido él quien plantó la semilla, aunque dice desconocía se trataba de marihuana, lo que no es creíble para el juzgador, ya que dicha siembra no fue casual sino con el ánimo de recolectar y aprovechar su producto, pues, una vez crecida en una maceta ha sido trasplantada al patio de su domicilio, por lo que el testimonio rendido conforme al art. 143 del Código de Procedimiento Penal es considerado como prueba en su contra. Las testimoniales rendidas por los testigos Israel Pastrana Zumárraga, David Capelo Escobar y Kevin Yépez Ruiz, ratifican encontrarnos ante un acusado consumidor crónico como ha concluido la perito Dra. Graciela Vizcaíno y además abonan en cuanto a su honorabilidad. En la causa se ha establecido el nexo causal entre la infracción perseguida y su responsable en los términos del art. 88 *ibidem*. **NOVENO: CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS:** El delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable; en el Ecuador, está constituido por una parte objetiva (tipicidad y antijuridicidad) y una parte subjetiva (culpabilidad), bajo un esquema de relación causal de condiciones. Solo en la medida que se cumplan estos presupuestos en su integridad, podemos hablar de delito y de responsabilidad. La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo a través de acciones u omisiones que se materializan en su resultado perceptible por los sentidos. La Tipicidad. Es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal; por imperativo del principio de legalidad, solo los hechos tipificados en la Ley Penal por el legislador como delitos, pueden ser considerados como tales; esa adecuación a la descripción de la norma o del tipo, le corresponde exclusivamente al juez. En el caso, la conducta incurrida por el procesado Cristian Miguel Palacios Bonilla es la tipificada en el inciso segundo del art. 57 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, por tratarse de la recolección de una planta prohibida por la Ley y que sirve para la producción de sustancias sujetas a fiscalización, siendo un delito contra la salud. La Antijuridicidad. Dice el tratadista Francisco Muñoz Conde, en su Teoría General del Delito, Segunda Edición. Edit. TEMIS. Bogotá-Colombia 2008, “es el juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico”, porque ha producido un daño o ha puesto

en peligro un bien jurídico protegido; esa antijuridicidad debe estar exenta de causas de justificación. El acto realizado por el acusado Palacios Bonilla es el de recolección del producto de una planta cuya prohibición está regulada por la Ley, conforme al inciso segundo del art. 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes, conducta contraria al ordenamiento jurídico ecuatoriano al constituirse en un delito contra la salud. El cometimiento de un delito genera la sospecha de que es antijurídico, pero esa presunción puede ser desvirtuada si concurre alguna causa de justificación excluyente de la antijuridicidad, "...la función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación...", como así puntualiza el autor referido. Como en el presente caso no se ha probado la existencia de alguna de esas causas justificativas, la acción típica cometida por el acusado Cristian Miguel Palacios Bonilla es antijurídica. La Culpabilidad. El mismo Muñoz Conde, dice: "...se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos", que es lo que se conoce como la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Esa capacidad está determinada: por la madurez psíquica y por la facultad del sujeto para motivarse, es decir, debe comportar un contenido cognitivo y volitivo que se traduce en el dolo. En el caso, Cristian Palacios, no es menor de edad, ni tampoco ha probado haber estado en condiciones psíquicas que le imposibiliten querer o entender su acción, por el contrario, al haber realizado el acto ilícito con conocimiento y voluntad, existe una relación psíquica directa entre su acción y el resultado, cumpliéndose así la parte subjetiva del delito que es la culpabilidad; en consecuencia, se trata de una persona imputable a quien se le puede imponer la sanción establecida en la Ley. **DÉCIMO. DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN.** Una persona, al momento de cometer un delito puede actuar en calidad de autor cómplice o encubridor. Se reputan autores a "los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando e instigando a otro para que la cometa...", así lo puntualiza el art. 42 del Código Penal, es decir, se considera autor a quien domina la realización del acto, a quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización, solo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser sancionado como autor. Así, el procesado Cristian Miguel Palacios Bonilla es quien de manera deliberada sembró y recolectó para su provecho el producto de una planta de marihuana encontrada en el inmueble de su madre, por lo que el día de su detención, esto es, el 14 de octubre del 2011, ha estado en poder de una pipa de manzana y otra de papa que le servían para consumir el estupefaciente, particular que lo hacía en su domicilio y en otros; planta de marihuana encontrada en el patio interior del inmueble de la madre del acusado y su producto en varios sitios del mismo, motivos suficientes para reputarle la autoría del ilícito. Al respecto, nuestro Código

Sustantivo Penal en su art. 13, señala que quien ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, entendiéndose que, la estructura sistemática del Derecho Penal ecuatoriano, se sustenta en una relación de acción - resultado o causa - efecto, que es el esquema a ser observado para la decisión de esta causa. **DÉCIMO PRIMERO: RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto, este Tribunal concluye y tiene la certeza que el acusado Cristian Miguel Palacios Bonilla, ha cometido delito, es decir, ha infringido un ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad) y cuya acción puede serle atribuida como autor (culpabilidad); dicho de otra manera, el acusado Cristian Miguel Palacios Bonilla es quien de manera deliberada sembró y recolectó para su provecho el producto de una planta de marihuana encontrada en el inmueble de su madre, por lo que el día de su detención, esto es, el 14 de octubre del 2011, ha sido encontrado en poder de una pipa de manzana y otra de papa que le servían para el consumo del estupefaciente, particular que lo hacía en su domicilio y en otros lugares; planta de marihuana encontrada en el patio interior del inmueble de la madre del acusado y su producto en varios sitios del mismo, por lo que el Tribunal no tiene duda alguna respecto de la existencia material de la infracción y de la responsabilidad de Cristian Miguel Palacios Bonilla, cumpliéndose los presupuestos de los arts. 85, 88 y 252 del Código de Procedimiento Penal, adecuado su conducta dolosa, al tipo penal prescrito en el inciso segundo del art. 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. El acusado ha justificado buena conducta anterior y posterior al cometimiento de la infracción, además ha aceptado de manera libre y voluntaria el ilícito cometido, hechos que revelan no tratarse de una persona peligrosa, acreditando las atenuantes de los numerales 6, 7 y 10 del art. 29 del Código Penal; así como también, que es una persona menor de 21 años conforme al art. 85 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Por ello, con fundamento en los arts. 304 A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, dicta sentencia condenatoria en contra de CRISTIAN MIGUEL PALACIOS BONILLA, cuyo estado y condición constan de esta sentencia, a la pena modificada de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA y multa de cincuenta salarios mínimos vitales generales, por considerarle autor material del delito tipificado y sancionado conforme al inciso segundo del art. 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en mérito de las atenuantes acreditadas en el juicio y conforme a lo prescrito por los arts. 29 y 72 del Código Penal, y art. 65 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Ibarra y a la que se acreditará el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa. Oficiase a la

Dirección Provincial del Consejo Nacional Electoral de Imbabura, para los efectos del art. 60 del Código Penal, de igual forma oficiase al señor Director del Centro Carcelario referido haciéndole conocer de esta sentencia. En cumplimiento del art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, consúltese esta sentencia a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura. Ejecutoriada esta sentencia, procédase a la destrucción de las muestras testigo de la sustancia incautada. **Notifíquese y cúmplase.**

f.) **Dr. Fernando Cantos Aguirre, Presidente. Dr. Jaime Alvear Flores, Juez. Dr. Farid Manosalvas, Juez.**

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio nro. 2012-0072

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IMBABURA. SALA DE LO PENAL Y TRÁNSITO. Ibarra, miércoles 14 de marzo del 2012. Las 08h28.

VISTOS: La causa penal nro. 72-2011, por tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sube a conocimiento de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, mediante consulta y recurso de apelación interpuesto por el procesado Cristian Miguel Palacios Bonilla, de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Imbabura, causa que se inicia mediante parte policial informativo y de aprehensión, del cual se conoce que el día 14 de octubre del 2011, a las 18h03, en la parroquia Guayaquil de Alpachaca, sector Azaya, calles San Salvador entre Guaranda y Riobamba de esta ciudad, mediante orden de allanamiento Agentes Antinarcóticos han ingresado al referido domicilio, encontrando en el interior sembrada una planta de marihuana en el patio de dos metros de alto; y, en el dormitorio dentro de un armario tres ramas de dicha planta, en el interior del velador una caja conteniendo varias hojas de la misma sustancia, así como también en un lugar entre el techo y el tumbado ramas de la misma planta, y al registrar la mochila se encuentra una papa y una manzana utilizados como pipas para fumar. Analizada que ha sido la sustancia con el reactivo duquenois, ha dado positivo para marihuana, con un peso total aproximado de 6.860 gramos. Agotada la tramitación de esta causa, para resolver se considera: **PRIMERO:** La Sala de lo Penal, tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso interpuesto de acuerdo a lo previsto en el art. 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el art. 343 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal y art. 344 ibídem. **SEGUNDO:** En la tramitación de la causa, se han observado las formalidades sustanciales propias a esta clase de juicios, por lo que no hay nulidad que declarar, aceptándose la validez procesal. **TERCERO:** A fojas 3 de los autos, obra la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, llevada a cabo ante el Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura doctor Miguel Ángel Almeida, Juez Temporal de dicho juzgado, audiencia a la que comparece la

doctora Hilda Ruiz Coral, Fiscal de Imbabura, quien luego de exponer la teoría del caso que motivó la iniciación del presente expediente, y hacer referencia a los elementos de convicción y evidencias recopiladas en la investigación instructiva; por establecidos plenamente la existencia material de la infracción como la responsabilidad del procesado, solicita al Juez, dicte auto de llamamiento a juicio en contra de Cristian Miguel Palacios Bonilla como presunto autor del delito tipificado en los arts. 57 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el art. 42 del Código Penal, con el dictamen fiscal. El Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura, luego de analizar los elementos que justifican la participación del procesado, así como los elementos de cargo y valorizarlos, tomando en consideración que la droga incautada corresponde a marihuana con un peso de 6.840 gramos, en una planta de la misma especie, de la cual se han sustraído sus hojas para procesarlas; tomando como base el examen psicossomático emitido por la doctora Graciela Vizcaíno, la cual refiere que la cantidad de droga incautada es excesiva para el consumo, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Cristian Miguel Palacios Gordillo, como presunto autor del ilícito sancionado en el art. 57 relacionado con el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. De fojas 71 a 75, obra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Imbabura, en la cual le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria y multa de cincuenta salarios mínimos vitales, por considerarlo autor del delito tipificado y sancionado en el inciso 2do., del art. 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y por las atenuantes del art. 29 y 72 del Código Penal. **CUARTO:** La prueba en la presente causa se justifica con las siguientes piezas procesales: con el parte policial informativo y de aprehensión, suscritos por los Policías Hugo Aguirre, Jorge Arévalo y Wilson Andrade, quienes detallan las circunstancias de la detención del procesado Palacios Bonilla. Con las versiones de los miembros de la Policía Néstor Hugo Aguirre Muñoz, Jorge Leandro Arévalo Cazares y Wilson Roberto Andrade Recalde, de manera concordante indican que luego de una investigación y por orden judicial realizaron el allanamiento al domicilio ubicado en la calle San Salvador, entre Guaranda y Riobamba de la ciudad de Ibarra sector Azaya, observando en el patio central sembrada una planta de marihuana de aproximadamente dos metros de altura, encontrando además ramas de la misma planta en el armario, y en una caja de cartón varias hojas vegetales de posible marihuana, y entre el tumbado y el techo del dormitorio hojas verdes en estado de disecación. Versión del mismo procesado Cristian Miguel Palacios Bonilla, quien manifiesta vivir en ese lugar, y haber sembrado la planta de marihuana, la misma que la tenía de adorno, y que con el tiempo procedió a consumirla, invitando a unos amigos que le enseñaron a fumar. Informe químico pericial realizado por las doctoras Guillermina Gallo Zea y Rocío Villa Cuji, Bioquímicas y Farmacéuticas del CONSEJ, quienes certifican que las muestras de los vegetales

secos luego del examen, han dado positivo para marihuana. Acta de entrega y recepción de los estupefacientes, al doctor Ulysses R. Flores y Cabo Edison Darwin Posso Malquín Especialista 5 del CONCEP y Auxiliar de Bodega de la J.P.A.I., los cuales indican que el peso bruto total recibido es de 6.860 gramos. Acta de pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, suscrita por el doctor Miguel Ángel Almeida Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura, doctora Hilda Ruiz y doctor Ulysses R. Flores, los cuales certifican que el tipo de sustancia corresponde a marihuana, con un peso neto de 6.840 gramos. Informe de reconocimiento del lugar de los hechos que obra de fojas 48 a 52, el cual certifica la casa de habitación donde el procesado ha sembrado la droga y se han encontrado las demás evidencias. Examen de reconocimiento médico legal realizado por la Perito legista doctora Graciela Vizcaíno, indicando que el examinado Cristian Miguel Palacios Bonilla, necesita tratamiento ambulatorio con internación hospitalario, es una persona fármaco dependiente que habilita tratamiento terapéutico y que la cantidad de droga confiscada es exagerada para el consumo del examinado. Certificados de antecedentes penales del procesado, certificando la buena conducta anterior y posterior al proceso. **QUINTO:** Por los considerandos expuestos y tomando en cuenta que el Fiscal Provincial de Imbabura doctor Gustavo Torres Anangón, en el dictamen ha confirmado la sentencia dictada por el Tribunal, la Sala de lo Penal, luego de escuchar a las partes en la audiencia de acuerdo al art. 345 del Código de Procedimiento Penal, y verificar con las piezas procesales, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, desechando el recurso de apelación interpuesto por el procesado, **CONFIRMA** en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Imbabura referida anteriormente. **Notifíquese.**

f.) **Dr. Rubén Torres, Juez. Dr. César Ibarra, Conjuez. Dr. Jaime Orquera, Juez Temporal.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio Penal N°- 380-2012

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA PENAL.
Quito, 15 de julio del 2013. A las 11H35.

VISTOS: En el proceso penal seguido contra **CRISTIAN PALACIOS BONILLA**, la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Imbabura, el 14 de marzo del 2012, a las 8h28, confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, por considerarlo autor material del delito de cultivo de plantas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena atenuada de **CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, y multa de cincuenta salarios mínimos vitales generales. El

procesado Cristian Palacios Bonilla, inconforme con este pronunciamiento, interpone recurso de casación. Aceptado a trámite y habiendo tenido lugar la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron el impugnante Cristian Bonilla, representado por el Dr. Fabián López Monteros, quien fundamentó el recurso; la Dra. Paulina Garcés Cevallos, representante del señor Fiscal General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal de la Sala Penal, integrado por la Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Johnny Ayuardo Salcedo, en calidad de Jueces Nacionales; y el Dr. Jorge M. Blum Carcelén, como Juez Nacional Ponente; tenemos competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según lo dispuesto en los artículos 172 y 184.1 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; luego del sorteo pertinente, correspondió su conocimiento a este Tribunal de la Sala Penal, quienes somos competentes para resolver el recurso de casación planteado. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado, ya que se ha tramitado con sujeción a las normas de procedimiento correspondiente. **TERCERO. ANTECEDENTES:** Que de acuerdo a los partes informativos, de fecha 13 y 14 de octubre del 2011, se conoce que en la calle San Salvador s/n, entre las calles Guaranda y Riobamba del sector Azaya, de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, agentes antinarcóticos mediante disposición judicial de allanamiento han ingresado a un domicilio, que al registrar, en el patio de la casa se ha encontrado "una planta" de posible marihuana de unos dos metros de alto aproximadamente; también se encontró en el dormitorio de Cristian Palacios y en el interior de un armario tres ramas de dicha planta; dentro de un velador, una caja, conteniendo varias hojas del vegetal, entre el tumbado y techo del inmueble dos ramas de la misma planta. Que al registrar a Cristian Palacios Bonilla, han encontrado en el interior de su mochila una papa y una manzana, utilizadas como pipas para su consumo de droga, procediéndose a su detención y a la incautación de dicha planta y producto, a las que realizadas la prueba preliminar de campo han dado positivo para marihuana, con un peso total bruto de 6.860 gramos. **CUARTO. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** El doctor Fabián López Monteros, a nombre del recurrente Cristian Palacios Bonilla, manifestó: Que interpone recurso de casación de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 17 de febrero de 2012, a las 14H30; ya que dicha sentencia no cumple con la disposición contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de

la República, en la que establece que las sentencias deben ser motivadas y debidamente fundamentadas. Que en la audiencia realizada en la Corte Provincial, se hicieron algunas exposiciones y alegaciones las que no fueron consideradas ni tomadas en cuenta en dicha resolución sino que más bien los señores Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte se limitaron a hacer una fiel transcripción de la sentencia del Tribunal Segundo de Garantías Penales. Agrega que las alegaciones realizadas durante la tramitación en el Tribunal de Garantías Penales, como en la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura siempre fueron apegadas en derecho y nunca se desconoció que se encontró al procesado una planta en su domicilio. Que no han considerado las disposiciones legales que sancionan esta infracción; ya que el artículo 57 párrafo segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, dice: "Quienes recolecten plantas..." y, toda la tramitación que se hizo en el Tribunal de Garantías Penales y en la audiencia llevada a efecto en la Corte Provincial de Justicia de Imbabura siempre se habló de que se encontró una planta y de acuerdo a la gramática al decir la referida ley, "plantas" se está hablando de más de dos plantas. Que el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal dice acerca del principio de legalidad que: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal..." y, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no se refiere al cultivo o siembra de planta o plantas, sino dice "plantas" en plural, por ende no podría estar su defendido inmerso en esa infracción. Acota la defensa como antecedente a este caso, que Cristian Palacios es un estudiante universitario que fue inducido al consumo de marihuana y que dentro de la etapa de indagación e instrucción fiscal se justificó que a él le regalaron una semilla de esta planta, tal como consta en la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, sembrándole en una maceta porque desconocía de lo que se trataba; que cuando la planta creció, la sacó de la maceta y la puso en el jardín de su casa y esa planta como es silvestre, empezó a desarrollarse; por lo que los amigos le indujeron la forma de cómo debía tratar a la planta artesanalmente para su consumo personal y es por eso que él en su versión manifiesta que tomó dos o cuatro ramas y se dedicó artesanalmente a secarlas en el microondas o con una plancha para el consumo personal. Con relación a lo manifestado añade que del examen psicosomático practicado al recurrente por el médico legista, se estableció que es una persona adicta. Refiriéndose a la parte legal hace mención al artículo 4 del Código Penal que manifiesta: que no se puede interpretar la ley y que en este caso se ha interpretado la ley al querer entender que el imputado sembró una planta se debe asumir que como la planta tiene varias raíces o ramas, son varias plantas, pero que no es así, sino que es una sola planta. Por lo que solicita que se apliquen las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 4 del Código de Procedimiento Penal, por lo que revocándose la sentencia de segunda instancia y confirmando la inocencia de Cristian Miguel Palacios Bonilla, deberá cesar todas las medidas cautelares

que pesan en su contra. **QUINTO: CONTRADICCIONES A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La doctora Paulina Garcés como delegada de la Fiscalía General del Estado, para la contradicción, manifestó: Que existe un equívoco en la lectura de la norma, pues el artículo 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no dice en ningún lugar que la existencia del delito del cultivo o siembra de plantas se refiera a que deban ser más de dos y que en caso contrario no es delito. Ya que el epígrafe del mismo texto legal, dice: "Sanción para la siembra o cultivo de plantas de las que se puede extraer elementos para sustancias sujetas a fiscalización...", norma que no quiere decir que tienen que ser dos o más plantas de marihuana, sino que se refiere a las plantas o especies vegetales de las cuales se puedan extraer sustancias estupefacientes o psicotrópicas; por lo que la norma referida tiene que ver con el cultivo de plantas de marihuana, de coca y de algunas otras plantas de las que se extraen tales sustancias. Que no es una violación al principio de legalidad constitucional el hecho de que se trate de una planta, porque caso contrario, se estaría convirtiendo la audiencia en una audiencia de instancia en que se estarían tratando temas que no se relacionan con lo que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal el mismo que establece: la violación de la ley en la sentencia. Que la casación es un juicio sobre la sentencia y por esa razón no pueden extenderse las revisiones hacia las audiencias dadas en juicio, o las que se dieron en la preparatoria de juicio, ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario, taxativo, formal y se producen realmente cuando la voluntad concreta de la ley que fue proclamada por el juzgador en la sentencia no corresponde a la realidad que tiene la norma, es decir, que no concuerda con la voluntad efectiva de la norma, siendo ese el momento en que una sentencia se traduce en injusta: cuando el juzgador en su ejercicio intelectual confunde la norma, el texto de la ley, con aquello que él quiso decir y esa confusión es la que genera el error de derecho que tiene como efecto una sentencia indebida que debe ser subsanada. Manifestando que a lo largo de la audiencia ha escuchado la inconformidad del recurrente con la sentencia, la misma que se ciñe a lo establecido en la norma constitucional e instrumentos internacionales, esto es, del doble conforme pues el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Imbabura condenó al señor Cristian Miguel Palacios Bonilla como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y aceptó las atenuantes expuestas e impuso una pena modificada de cuatro años de reclusión, que fue ratificada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura. Que en cuanto a la pretensión planteada, que se ratifique el estado de inocencia porque según la perspectiva de la defensa la ley ratifica que debe ser el sembrío de más de una planta, no tiene asidero legal, ni constitucional, tanto más, que la norma del artículo 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no se refiere a que sea una planta, sino a las especies vegetales de plantas. Añade el abogado de la defensa, que ha sido muy claro en referir que sobre

los elementos dogmáticos del delito no se aporta absolutamente nada, pues queda claro que es un hecho típico, antijurídico y culpable, al punto que la misma defensa ha indicado que reconoce que al procesado le entregaron la semilla, que la sembró, que cuando ya creció la trasplantó al jardín y es ahí donde se desarrolló la planta de marihuana en un árbol, con peso bruto de 6.860 gramos. Que se debe considerar que efectivamente la planta estaba en el jardín, pero que en la parte interior de la casa se encontraron las ramas y sus hojas secándose en el techo y en varios lugares para su uso; que en el informe psicosomático si bien, establece que el señor Palacios Bonilla tiene la calidad de dependiente crónico, también se determina que la cantidad encontrada en su domicilio es excesiva para su consumo inmediato. Que los jueces tanto de primer como de segundo nivel llegaron a la certeza absoluta de que el señor Palacios Bonilla es autor del delito previsto y sancionado por el artículo 57 inciso segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y por esa razón fue condenado, por lo que la Fiscalía solicita se deseche el recurso por no existir fundamento constitucional, ni legal. **RÉPLICA:** El doctor Fabián López, en lo principal de su intervención señaló: que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a las causales del recurso, dice que "...procede el recurso de casación cuando en la sentencia se hubiere violado la ley ya por contravención expresa de su texto o por indebida aplicación...". Y que en el artículo 2 del Código Penal determina que "...nadie podrá ser sancionado por una infracción que no se halle tipificada en la ley...", indicando entonces que en la sentencia recurrida la Sala menciona que al imputado se le sanciona por el inciso segundo del artículo 57 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas el cual establece la infracción por el cultivo y siembra de plantas. Que la ley podría interpretarse de muchas formas, de una manera gramatical, literal o dogmática, pero que eso está prohibido por la ley, ya que el Código de Procedimiento Penal es muy claro al disponer que no se puede interpretar la ley, debiendo sujetarse a lo que dice la disposición legal, insistiendo finalmente en que se revoque la sentencia de segunda instancia y se dicte una sentencia confirmatoria de la inocencia. **SEXTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:** La Constitución de la República, configura un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que son de aplicación directa e inmediata sin que deban exigirse para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén en la constitución o falta de norma para justificar tal violación el mismo que se desarrolla a través de un sistema procesal como medio para la realización de la justicia, que consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, para hacer efectivas las garantías del debido proceso, sin que se puedan sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, conforme lo establece el artículo 169 de la Constitución de la República. El deber primordial es garantizar el goce de los derechos establecidos en la Constitución sin dis-

crimen, asegurando el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso, que consiste en que nadie puede ser juzgado, sino de conformidad con la ritualidad previamente establecida, debiendo ser oído y vencido en juicio, con plenitud de las formalidades legales, ya que el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente en la oportunidad y el lugar debido, conjugando los conceptos de legalidad y del juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y en el modo. El recurso de casación es extraordinario y formal, permite controlar si el inferior ha violado la ley en la sentencia; y, si dicha violación ha causado gravamen. Las causales para que opere el recurso, son específicas y, en nuestra legislación, se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "*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.*"- Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el inferior en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Siendo así, Ricardo C. Núñez, expresa: "*El recurso de casación es extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución "ex novo" de la cuestión jurisdiccional, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal "A-quo".*" De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. En el caso a estudio, realizado el análisis exhaustivo de la sentencia recurrida, así como a las alegaciones del recurrente y de los sujetos procesales, este Tribunal de Casación, realiza las siguientes puntualizaciones: Con relación a la impugnación hecha por el recurrente Cristian Palacios Bonilla, quien expresa que existe una errónea interpretación del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que señala: "*Quienes siembren, cultiven, cosechen o en cualquier forma exploten las plantas determinadas en esta Ley y cualesquiera otras de las que sea posible extraer principios activos que puedan ser utilizados para la producción de sustancias sujetas a fiscalización, (...)*". En efecto, de la sentencia analizada, este Tribunal establece que al procesado, un colombiano, le regaló una semilla de marihuana (cannabis), habiéndola sembrado inicialmente en un macetero y cuando la planta creció la trasplantó al patio de su vivienda, la misma que con el pasar del tiempo llegó a crecer más de 2 metros, de la que se suministraba las hojas de marihuana, que las secaba en el microondas y guardaba en el armario, entre el tumbado y techo del dormitorio, para consumirla por su adicción a la droga, estableciéndose que se trataba de una sola planta y equivocadamente en la fundamentación del

recurso el procesado sostiene, que el tipo penal del artículo 57 de la Ley antes referida, requiere de que se cultiven “varias plantas”, es decir que se debe considerar el tipo en plural, lo que no corresponde a este caso, porque a criterio de este Tribunal de Casación, no se ajusta a lo que refiere el tipo penal, ya que la sanción es para la siembra o cultivo de una o varias plantas, como ocurre, por ejemplo en la tenencia de armas, ya que el legislador expidió ambas leyes en plural; pero ello no quiere decir que para que exista tenencia debe tener dos o más armas, ya que se ajusta al tipo penal cuando porta una sola, lo que también ocurre en la siembra o cosecha de “plantas”, ya que se necesita mínimo de una planta para que se justifique el tipo. En el presente caso en concreto, ha quedado demostrado que el procesado sembró, la planta de marihuana, lo que es inobjetable y por dicho acto merece una sanción, que no puede imponerla un tribunal ordinario, ya que cuando realizó la siembra, era menor de edad, correspondiéndole su juzgamiento al amparo de lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia, a pesar de que al momento de su captura e incautación de la planta, tenía 18 años 8 meses, y por simple lógica, establecemos que la siembra, fue varios meses antes de su aprehensión, porque como todo vegetal debe tener su tiempo de siembra y crecimiento, desde que es semilla hasta que adquiere una altura de aproximadamente 2 metros y para convertirse en planta apta para consumo, como en el presente caso, debe transcurrir casi un año, ya que atraviesa por el proceso de germinación sobre algodón, luego la siembra en maceta, donde permanece por varias semanas, apareciendo una pequeña planta en la superficie de la tierra, y con los debidos cuidados de luz, temperatura y viento, crece lentamente unos 10 centímetros, y al cabo de varios meses se produce el crecimiento, inicialmente de un par de hojas y luego cinco o más dedos por hoja de cannabis; transcurriendo el tiempo de la siembra en tierra para permitir el crecimiento de las raíces y dependiendo de la cantidad de agua y luz, crece y florece, pero solo la hembra lleva la flor que tiene efecto psicotrópico, ya que el macho genera el polen, que no produce dichos efectos; el proceso va a demorar varios meses creciendo en dos tallos, lapso de tiempo donde se produce la cosecha únicamente de la hembra que ya se puede consumir, alcanzando aproximadamente dos metros de altura luego de un año de haber sido trasplantada a la tierra, conforme lo señala la publicación en el portal de internet: www.ecuadorcannabico.blogspot.com/ que trata sobre el manual para auto cultivo de marihuana, (siembra, cultivo y cosecha)”, por lo que este Tribunal toma muy en cuenta el tiempo estimado desde la siembra hasta que es útil para el consumo de la planta hembra. Con lo que se infiere que al momento de la siembra el recurrente tenía 17 años y por lo tanto era menor de edad y siendo así es inimputable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Código Penal, señalándose: “que las personas que no hayan cumplido los 18 años estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”, conforme lo establece el artículo 262 de dicha norma que sanciona con medidas socio educativas y consiguientemente

no podía iniciarse el proceso penal, ante el Juez de Garantías Penales, ya que por la edad del sujeto activo del delito, debía ser juzgado ante los Jueces competentes conforme al Código de la Niñez y Adolescencia, que brinda protección integral, a todos los niños, niñas y adolescentes, con el fin de lograr su desarrollo y el disfrute pleno de sus derechos en el marco de libertad, dignidad y equidad, conforme al principio del interés superior del niño; por lo tanto los integrantes de la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, debían haber establecido que a la fecha del acto punible (siembra), era menor de edad y consiguientemente debían haber declarado la falta de competencia del Tribunal ordinario y permitiendo que conozca la causa los Jueces competentes, declarando la nulidad del proceso, con la finalidad de brindar seguridad jurídica, respetando las normas del debido proceso, por que debieron advertir que por la minoría de edad que tenía al momento de la siembra, que es el tipo penal por el que se inicia la causa y se lo condena, no tenía capacidad para ser sujeto de infracción penal, ya que el hecho de haber sembrado una semilla de este vegetal, cuando era menor de edad, no implica que deba ser sancionado penalmente por jueces comunes, sino que debía haberse tramitado y juzgado ante los jueces competentes y de considerárselo responsable sancionarlo imponiéndole una medida socio educativa. El debido proceso como garantía, conforme lo establece la doctrina, lo constituye todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia, que garantizan la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, ya que una de estas garantías es precisamente la de ser juzgado ante un tribunal competente, que no lo han sido los tribunales que han conocido esta causa que debía haber sido tramitada ante los juzgados de la Niñez y Adolescencia, ya que además la doctrina es unánime en afirmar que se debe aislar al adolescente infractor del adulto reincidente, para neutralizar de este modo los focos criminógenos ya que hoy en día los establecimientos penitenciarios se han convertido en verdaderas instituciones que solo generan efectos disocializadores, ya que las cárceles constituyen verdaderas escuelas del crimen, y los jóvenes delincuentes requieren de medidas protectoras que lo alejen del ambiente nocivo de la cárcel, recibiendo mayor protección del Estado y específicamente en el presente caso concreto, atención médica que lo aleje de su adicción a la marihuana, ya que según la Constitución de la República, las adicciones son un problema de salud pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 364 de la misma, correspondiéndole al Estado ofrecer el tratamiento y rehabilitación a los consumidores habituales, como es el caso del procesado Cristian Palacios Bonilla, quien debe ser sometido a un tratamiento de desintoxicación por su adicción a la marihuana. La Constitución de la República, al establecer las garantías del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3, que: “solo se podrá juzgar a una persona ante un

juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que establece el artículo 82 de la Constitución, al señalar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, las que aplicadas al caso concreto, porqué Cristian Palacios Bonilla, sembró una semilla de marihuana cuando tenía 17 años y luego se transformó en árbol cuando aún era adolescente y de la que se proveía del vegetal para saciar su adicción que está justificada con la experticia pertinente, por lo que debía ser sometido su trámite ante los jueces competentes, que son los señalados en el Código de la Niñez y Adolescencia, por su minoría de edad. Este Tribunal es respetuoso y debe hacer respetar las normas del debido proceso, otorgando la debida tutela judicial efectiva y garantizando la seguridad jurídica a través de un proceso penal que cumpla con las exigencias que el sistema penal requiere para la imposición de la pena, a quien ha desviado su conducta, ya que el proceso penal pretende restablecer la armonía social quebrantada por la comisión de una infracción, la misma que se da una vez que por medio de la pena, se establece la sanción respectiva, para lo cual es necesaria la vigencia del principio de tutela judicial efectiva, y el respeto de las normas del debido proceso que en este caso, son las establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia. También hay que tener presente que la tenencia para el consumo de marihuana, se despenalizó mediante Ley N° 25, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial nro. 173, del 15 de octubre de 1997, habiéndose codificado en el Registro Oficial nro. 490 del 27 de diciembre de 2004, por lo que el adicto no comete delito, constituyéndose según la norma constitucional del 2008, en un enfermo, sin que deba ser criminalizado, estableciéndose con certeza, en la sentencia examinada que Cristian Palacios Bonilla, no se encontraba comercializando la sustancia estupefaciente, sino que había sembrado una planta de marihuana para su consumo personal cuando era adolescente, ya que es “dependiente crónico”, conforme consta de la sentencia atacada. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en efecto existe violación de la ley en la sentencia impugnada, por indebida aplicación de los artículos 57 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que produjo la falta de aplicación de los artículos 40 del Código Penal, y 262 del Código de la Niñez y Adolescencia, ya que Cristian Palacios Bonilla, al momento de los hechos era menor de edad. **SÉPTIMO: RESOLUCIÓN:** En tal virtud, **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 conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, al existir violación de la ley, **CASA** la sentencia, y reconoce el estado de inocencia del procesado **CRISTIAN PALACIOS BONILLA**, por cuanto a la fecha del ilícito, al sembrar una planta de marihuana, era menor de edad y por

tanto inimputable. **Notifíquese, cúmplase y devuélvase.**

f) Dr. Jorge M. Blum Carcelén Msc.: Juez Nacional Ponente. Dra. Ximena Vintimilla Moscoso: Jueza Nacional. Dr. Johnny Aylluado Salcedo: Juez Nacional.

— — — — —
XII

Juicio nro. 1307-2012

Resolución: nro. 848-2013

Juicio penal por atentado al pudor, procesado Carlos Javier Cabrera Chuqui, ofendida NN.

SÍNTESIS:

Mediante parte de detención, se eleva a conocimiento de las autoridades la comisión del delito de atentado al pudor quien contra una menor de edad, quien ha sido interceptada e intimidada con un cuchillo y obligándola a subir al cajón de una camioneta donde el acusado procedido a tocar sus partes íntimas, a besarla y a desprender su ropaje, momento en el cual los moradores del sector se percatan del hecho y alertan a un miembro policial cercano, quien llega a dicho lugar y detiene al agresor, impidiendo la culminación del delito. El Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia absolutoria ratificando el estado de inocencia del procesado; fallo del cual, la Fiscalía interpone recurso de apelación. A su vez, la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al aceptar el recurso de apelación, reforma el fallo subido en grado, revoca la sentencia absolutoria del Tribunal a quo y declara la responsabilidad penal encausado, por considerarlo autor del delito sancionado y tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria que, con la justificación de atenuantes se modifica a tres años. El sentenciado interpone recurso de casación respecto de este fallo y la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia en cuanto a la pena impuesta por no haberse justificado atenuantes y lo condena a la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria, mas, considerando que el sentenciado es el único recurrente y que no se puede agravar su situación, determina que cumplirá los 3 años de prisión menor ordinaria impuestos por el Juez ad quem.

**FALLO DEL TRIBUNAL
DE GARANTÍAS PENALES**

Juez Ponente: Dr. Julio César Almeida Miranda.
CUARTO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, lunes 18 de junio del 2012. Las 09h40.

VISTOS: El doctor Franz Valverde Gutiérrez, Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha ha dictado auto de llamamiento a juicio con fecha 31 de enero de 2012, las h26 (**sic**), en contra de CARLOS JAVIER CHUQUI, en calidad de autor del delito de atentado al pudor, ilícito tipificado y sancionado en el Art. 504.1, del Código nal, (**sic**) confirmando la prisión preventiva en contra del procesado. Dicho auto resolutorio ctado (**sic**) por el Juez a quo se basa en el parte de detención de 19 de noviembre del 2011, scrito (**sic**) por el Sbte. de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero y Sgto. Segundo Caza ga, (**sic**) del cual se conoce que los miembros policiales han tomado contacto con la señorita eth (**sic**) NN y su padre señor Wilmer Humberto Pinanjota Rosero ienes (**sic**) han manifestado que en momento que transitaba con dirección a su domicilio, dividuo (**sic**) la abrazó por detrás tapándole la boca, indicándole que no grite ni haga fuerza y ga (**sic**) todo lo que le diga, sino la mataría, llevándole hasta la camioneta que se encontraba parqueada sobre la calle Duchicela subiéndole al cajón que se encontraba bierto (**sic**) con una carpa, en el lugar habría procedido a tocar sus partes íntimas, a besarla e tentando (**sic**) quitarle la ropa, en ese momento como había estado un miembro policial rca, (**sic**) le comunica, quien llega inmediatamente a la escena impidiendo que el señor arlos (**sic**) Javier Cabrera Chuqui culmine con el delito que se presume quería cometer. Mediante acta de sorteo de martes 14 de febrero de 2012, correspondió a este Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, el conocimiento y la resolución de la etapa del icio. (**sic**). El Tribunal integrado por los doctores Julio César Almeida Miranda, Presidente; onzalo (**sic**) Morales Molina y Patricio Calderón Calderón, jueces; en audiencia reservada elebrada (**sic**) el día 22 de marzo del 2012, a las 14h10 y su continuación el 22 de mayo del ismo (**sic**) año, a las 09h20, se llevó a cabo el juicio con la comparecencia del procesado arlos (**sic**) Javier Cabrera Chuqui, acompañado de su abogado defensor doctor Jaime Pérez; y, el gente (**sic**) Fiscal de Pichincha Dr. Lizardo Díaz Altamirano. Radicada la competencia de la tesente (**sic**) causa en este Tribunal; y, una vez realizado el juicio y siendo su estado de dictar entencia, (**sic**) para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** Jurisdicción y Competencia. Este Tribunal es competente para conocer, sustanciar y resolver la presente causa al tenor de lo prescrito en el Art. 167 de la Constitución de la República, 17 numeral 5; 2 numeral 1; y, 306 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** Validez Procesal. En la sustanciación del juicio no existe omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez. Además en la realización de esta etapa, las partes hicieron uso, a discreción de las garantías básicas de derecho al debido proceso consagradas en el art. 76, numeral 7, literales a, c, d, g, h y (**sic**) de la Constitución de la República del Ecuador, así como se observaron los principio de sistema procesal para la realización de la justicia que constan en el art. 169 ibidem. **TERCERO:** Identidad del Procesado. El procesado responde a los nombres de: Carlos Javier Cabrera Chuqui, de nacionalidad ecua-

toriana, con cédula de ciudadanía nro. 172043048-5, de estado civil soltero, de 24 años de edad, de ocupación panadero, domiciliado en el Quinche. **CUARTO:** La prueba. Regla fundamental general del debido proceso, dentro del sistema acusatorio, es que la prueba debe ser producida en la etapa del juicio ante el Tribunal de Garantías Penales correspondiente (art. 79 del Código de Procedimiento Penal). El objeto de la prueba es demostrar todos los hechos y circunstancias relacionados con el caso y ayudar al correcto esclarecimiento de la verdad (art. 84, ibídem). La legalidad de la prueba queda lograda, si la misma ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada procesalmente, conforme a las disposiciones del Código Adjetivo Penal (art. 83, ibídem). La prueba tiene como finalidad establecer tanto la existencia material de la infracción punible como la responsabilidad penal del acusado (art. 85, ibídem). En la apreciación y valoración de la prueba producida en la audiencia, el Tribunal debe sujetarse a las reglas de la sana crítica, especial circunstancia que se encuentra garantizada y guarda armonía con el precepto del art. 168 numeral 1 de la Constitución de la República que consagra la independencia de los órganos de la Función Judicial en el ejercicio de sus deberes y atribuciones; y, el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la apreciación de la prueba. **QUINTO:** De la Fiscalía. (**sic**) el (**sic**) objeto de comprobar el delito y la responsabilidad del acusado el señor Fiscal, en dicencia (**sic**) de juicio introdujo como prueba lo siguiente: **1.** Testimonio de la **menor ofendida NN**, quien a (**sic**) es de su curadora ad-litem, señora Gladys Carrión Puchaicela, manifestó al Tribunal el día 19 de noviembre, cuando subía a su casa a las 19h00 aproximadamente, ha do (**sic**) por un lugar donde estaba un grupo de chicos, de pronto alguien le cogió por ás, (**sic**) amenazándola con un cuchillo, le ha dicho que camine, sino la iba a matar, ándola (**sic**) hasta una camioneta negra que tenía una carpa, donde le hace subir, para luego ntar (**sic**) besarla, le ha comenzado a topar sus partes íntimas, en ese instante, una señora ha estado pasando por el lugar le ha pedio (**sic**) auxilio, pero no le ha ayudado, luego un (**sic**) que ha visto lo que ocurría, ha ido a avisar a un teniente, quien ha acudido en su da (**sic**); que el hoy acusado ha sido quien le ha amenazado con el cuchillo; que desde que ó (**sic**) auxilio hasta que llegue la Policía pasó cinco minutos aproximadamente; que al or (**sic**) le ha pedido que le soltara y le dejara ir a su casa, pero le decía que se calle, que si lo hacía le iba a matar; que al hoy acusado antes no lo ha conocido; que esto ha sido en derón, (**sic**) en Carapungo y de ahí le ha llevado a la calle Duchicela; que el hoy acusado ía (**sic**) aliento a licor; que estudia en el Colegio. A las preguntas del Dr. Pérez, indicó que la carpa ha estado cerrada, solo iba abierto por donde han subido; que ese día circulaba mucha gente por el sector por ue (**sic**) no había mucha circulación vehicular; que la camioneta ha estado a unos 20 pasos donde le ha interceptado el hoy acusado, sin que sea de él la camioneta; que el hoy sado (**sic**) ha estado solo. A las preguntas del Dr. Morales, manifestó que primero le ha menzado (**sic**) a besar, le ha topado las partes íntimas, le

decía que iba a ser de él, le decía erías (**sic**) le decía que se calle, en eso ha pasado el niño y ha visto lo que sucedía; que por ajo (**sic**) de su ropa le tocaba. **2.** Testimonio de la señora **Gladys Carrión Puchaicela**, quien juramentada y acreditada identidad, (**sic**) declaró al Tribunal que el día de los hechos ha estado en su casa, en eso ha ido (**sic**) una llamada, la cual contestó su hijo, le han dicho que a su hija le han intentado lar (**sic**), por lo que han ido al lugar, por la calle Duchicela, que su hija estaba en la adería (**sic**), donde ya le habían detenido al hoy procesado; por su esposo, su hijo e hija ido a la Policía; que su hija vestía jean, un buzo, zapatos deportivos; que sí han encontrado el arma blanca; que al llegar su hija ha estado llena de lágrimas, sentada en el rullero (**sic**); que el hoy procesado es la persona que ha estado detenida; que su hija tiene 17 s (**sic**) de edad. A las preguntas del doctor Pérez, declaró que el día de los hechos observó al ceso(**sic**) virado en la camioneta. **3.** Testimonio del señor **Wilmer Humberto Pinanjota Rosero**, quien juramentado y editada (**sic**) su identidad, declaró al Tribunal que el día sábado ha estado en su casa, ha nado(**sic**) el celular y le han dicho que a su hija le han estado queriendo violar, ha bajado rriendo, (**sic**) observando a su hija frente al Estadio de Calderón, llorando, junto al bteniente; (**sic**) que el hoy acusado le ha puesto un cuchillo y a su hija le ha subido a un rro, (**sic**) donde ha estado con su interior abajo, un niño ha visto y le ha ido a avisar al bteniente, (**sic**) quien le ha arrestado, y con quien conjuntamente ha ido a la Policía Judicial; de el hoy acusado es la persona que ha agredido a su hija. A las preguntas del doctor Pérez, indicó que el día de los hechos si ha visto al hoy acusado, quien ha estado medio chumado. **4.** Testimonio del **Dr. Freddy Germán Herrera Almagro**, quien juramentado acredita su identidad, declaró al Tribunal que realizó el examen médico legal a la meno (**sic**) Ibeth Pinanjota de 16 años, en noviembre del 2011 a las 23h00, misma que ha id (**sic**) acompañada por su hermana; que la menor ha relatado los hechos, además que no existir (**sic**) penetración vaginal, anal, ni bucal; que al examen no ha encontrado ningún tipo de lesión que el himen de la menor era elástico, sin que se haya tomado muestras de flujo vaginal que se ha sugerido valoración psicológica; que la menor ha estado un poco, nerviosa, intranquila, temerosa e insegura. A las preguntas del Dr. Pérez, declaró que no exist, (**sic**) lesiones, ni traumatismos. **5.** Testimonio del **Cabo de Policía Juan Pablo Morocho Cortéz**, quien juramentado acreditada su identidad, declaró al Tribunal ha dado cumplimiento a la delegación enviada por el señor Fiscal, doctor Lizardo Díaz, para el efecto el 28 de noviembre del 201 (**sic**) se ha procedido a efectuar la diligencia en cumplimiento al oficio 702 de la Fiscalía trasladándose al sector de Calderón, calle Carapungo y María Duchicela, donde se ha realizado el reconocimiento del presunto lugar de los hechos, donde se había encontrado estacionado la supuesta camioneta, ha tomado fotografías desde la vía Carapungo y María Duchicela, que es en el parque de Calderón. Indicó que es un sector poblado; que el vehículo ha estado estacionado sobre la calle María Duchicela. Reconoció el acta por el realizada, la mis-

ma que el señor Fiscal solicitó se introduzca como prueba. **6.** Testimonio del **Teniente de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero**, quien juramentado y acreditada su identidad, declaró al Tribunal que el día que se suscitaron los acontecimientos el Capitán Max Molina le ha indicado que concurra al lugar de los hechos, donde se ha encontrado el hoy acusado, en el lugar ha encontrado mucha gente (**sic**) un chico les ha indicado que un ciudadano ha subido a una chica a la fuerza, sobre la (**sic**) chica ha estado el hoy acusado, junto a él un cuchillo y dos preservativos, la chica ha pedido auxilio; luego han bajado los familiares de la chica y le han indicado que ella había ido a un Internet; que la chica no conocía al hoy acusado, que el vehículo era de la gente de la procesión, tenía carpa; que los dos preservativos y arma blanca se ha entregado a la Fiscalía; que el hoy acusado es la persona que ha estado sobre la chica; que el hoy acusado no ha puesto resistencia; que la chica cuando les ha visto se ha exaltado y ha comenzado a pedir auxilio; que la chica ha indicado que le han intentado bajar el pantalón. Se ratificó en el parte policial por el elaborado. A las preguntas del doctor Pérez declaró que cuando han hecho la aprehensión del hoy acusado había gran afluencia de gente; que el cuchillo tenía unos 15 a 17 centímetros, marca Tramontina; que no se ha percatado si la chica estaba con el pantalón abierto o desgarrada la blusa. A las preguntas del Dr. Calderón, manifestó que el hoy acusado, ha manifestado que le han dado algo, que no recordaba nada. A las preguntas del Dr. Almeida, declaró que la chica ha estado con un pantalón negro y una blusa. **SÉPTIMO:** De la Defensa. Jaime Pérez, abogado defensor del procesado, introdujo como prueba lo siguiente: Testimonio de su defendido **CARLOS JAVIER CABRERA CHUQUI**, quien entado (**sic**) porque ha sido su voluntad al ser interrogado por la Presidencia de este nal (**sic**) manifestó que ha ido a cobrar en Ponciano Alto, ha salido a las 06h00, con un (**sic**) de chicos que trabajan para una empresa de fibra óptica para Internet, como antes tado (**sic**) con su hijo enfermo se ha ido a pedir un adelanto, le han dado 360 dólares, (**sic**) o que le ha entregado a su mujer, luego se ha ido a trabajar, posterior se dirigió a (**sic**) otra vez, le ha dicho que no tiene nada más que darle, le ha dado 20 dólares ha (**sic**) molesto y se ha ido a una villa y se ha tomado unos tres vasos de cerveza, cuando cobrado (**sic**) el conocimiento ha estado ya preso por intento de violación. A las preguntas (**sic**) defensor, indicó que no ha conocido a los monos con los que se ha puesto a tomar; (**sic**) no ha estado consciente cuando le han hecho la audiencia de flagrancia, a las 19h00 dado (**sic**) cuenta de lo sucedido. A las preguntas del señor Fiscal declaró que no bebe a ido (**sic**) ese día tomó tres cervezas a las preguntas del doctor Morales, declaró que las zas (**sic**) que ha tomado han sido Pilsener grandes que él las ha pagado; que las cervezas n (**sic**) servido en vasos grandes; que se ha ganado tres cervezas en el juego de billas. (**sic**) estimonio (**sic**) de la señora **Gladys Irene Velasco Terán**, quien juramentada y acreditada entidad, (**sic**) declaró al Tribunal que conoce al hoy procesado unos nueve años porque jaban (**sic**) juntos, en una panadería de Tumbaco

y salían juntos a cualquier evento, no (sic) durante el cual ha demostrado ser una persona intachable, honorable incapaz de cometer (sic) ningún delito. Testimonio de la señora **María Trinidad Vivas Aimara**, quien juramentada y ditada (sic) su identidad, declaró al Tribunal que conoce al procesado por el tiempo de (sic) años, ya que viven en el mismo barrio, tiempo durante el cual nunca se ha dado (sic) que el acusado haya tenido problemas con la ley. Testimonio de la señora **Martha Isabel Paredes Moreta**, quien juramentada y ditada (sic) su identidad, declaró al Tribunal que conoce al hoy acusado por el tiempo de (sic) años, porque viven en el mismo barrio, habiendo demostrado ser un joven etuoso (sic), honrado y trabajador. Como prueba documental presentó certificaciones de los Tribunales de Garantías (sic) de Pichincha; certificados de conducta ejemplar y no intento de fuga al interior (sic) Centro Carcelario donde se encuentra detenido su defendido; una certificación del (sic) de Diagnóstico. **OCTAVO:** El Debate. (sic) incluida (sic) la etapa de la prueba, en la de debates: (sic) Dr. Lizardo Díaz, representante de la Fiscalía, manifestó que con la prueba presentada (sic) ante este Tribunal se ha probado tanto la existencia de la infracción como punible (sic) por lo que acusa al señor Carlos Javier Cabrera Chuqui de ser autor del delito (sic) y sancionado en el art. 504.1 del Código Penal. Por su parte el Dr. Jaime Pérez, a nombre de su defendido manifestó que el señor Fiscal en la audiencia estableció que el día de los hechos ha sido muy concurrido, pues se está desarrollando una procesión, en esas circunstancias ha afirmado que el (sic) acusado ha procedido mediante intimidación con un cuchillo a llevarle a la (sic) ofendida a una camioneta, ante esto la defensa dice que como es posible que habiendo (sic) tanta gente no se hayan percatado que su defendido le llevaba con un cuchillo que mide (sic) 25 a 30 centímetros de largo. Manifiesta que la chica ofendida dentro de la instrucción (sic) fiscal ha sido requerida varias ocasiones para que acuda a rendir su testimonio, en la (sic) que compareció ha rendido su versión por medio de la cámara de Hessel, a través de (sic) que ha indicado que en verdad el hoy acusado le ha llevado a una camioneta y que le (sic) intentado besar y que nunca le ha bajado el pantalón y el cierre, ahora ha declarado (sic) contrario, agregando que su defendido ha intentado manosearla y meterle los dedos en (sic) vagina, aseveración que no ha sido ratificada por el médico legista; que su defendido ha (sic) declarado que se ha puesto a tomar con unos desconocidos y que posiblemente (sic) drogaron. Solicitó no se considere la acusación fiscal por cuanto no tiene fundamento (sic) legal y que se está acusando por un delito en el que no aparecen los elementos del (sic) penal acusado por el Fiscal y que la prueba por él presentada es lo que consta en (sic) proceso, sin haber agregado prueba alguna con la que el Tribunal pueda determinar que (sic) procesado ha cometido un delito; que la ofendida en ningún momento se presentó como (sic) acusadora particular y que sus padres cuando lo hicieron debieron presentar acusación (sic) particular dentro de un proceso para ser parte procesal del

mismo y que si no lo hiciera (sic) posiblemente fue porque no hubo el delito por el que se le acusa a su defendido. Concluyó (sic) manifestando que al dictarse sentencia, ésta sea absolutoria, caso contrario pide que el (sic) acuerdo a la sana crítica se considere los elementos de su comportamiento que no (sic) tenido antecedentes penales como demuestran las certificaciones introducidas al juicio. **NOVENO:** Consideraciones del Tribunal: Doctrinariamente, la sana crítica es la calificación dada a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos, por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en (sic) proposiciones lógicas correctas y por fundamentarse en observaciones de experiencia (sic) confirmadas por la realidad, fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio, (sic) la necesidad de fundamentarse en la razón que confía el legislador para (sic) la apreciación de las pruebas judiciales, salvo aquellos supuestos en que el juzgador no puede modificar la situación establecida o creada. Dicho esto, el tipo penal acusado en el presente caso, se encuentra contemplado en el artículo 504.1 del Código Penal que manifiesta: “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”. Este delito es perseguido con la finalidad de proteger la libertad sexual de las personas en cuanto a los actos que éstas desean o no realizar, configurándose el mismo cuando una persona obliga a otra a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista el contacto carnal, es decir la introducción parcial o total del miembro viril, órganos, dedos u objetos en cavidades tales como la vagina, ano o boca. Al respecto, Carrara menciona que es inherente a la persona humana el derecho a que se respete su pudor asimilando a éste la honestidad, debiendo el derecho penal castigar esa conducta y proteger el derecho individual, afirmando que (sic) la relación sexual se realiza con una persona mediante violencia real o presunta, o (sic) condición esencial la “libertad” de la mujer, pues puede suceder también en el caso (sic) la mujer sea casada. Por otro punto, conocemos que la culpabilidad tiene bases, (sic) otras, el dolo y la culpa, que ha de ser en el caso del atentado al pudor, debe probarse (sic) lo para realizar actos de naturaleza sexual, sometiéndola o valiéndose de la (sic) de la víctima, si no existe estos elementos es indiscutible que no puede (sic) tal delito. En el Art. innumerado (504.1) del Código Penal, toma como referencia su verbo rector el someter a la víctima, verbo que el Diccionario de la Lengua Española, (sic) vigésima segunda edición tomo II lo define como: “Sujetar humillar a una na.”, (sic) por lo que es importante remitirnos, en lo relevante a los siguientes elementos (sic), amparados en las disposiciones contenidas en los artículos 86, 87 y 88 del (sic) de Procedimiento Penal, así tenemos el testimonio rendido ante el Tribunal por (sic) de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero, quien claramente manifestó que el día (sic) se suscitaron los acontecimientos, efectivamente encontró al hoy procesado junto a (sic) ofendida, aclarando que los mismos estaban

completamente vestidos, es decir, no **(sic)** señales que la menor haya estado con sus prendas de vestir abiertas; además, que en gar **(sic)** de los hechos había gran afluencia de gente, todo esto concordante con lo que **(sic)** en su testimonio el cabo de Policía Juan Pablo Morocho Cortéz, quien realizó el conocimiento **(sic)** del lugar de los hechos en el sector de Calderón, calle Carapungo y María icela, **(sic)** al señalar que es una escena abierta y un sector poblado; entonces resulta co **(sic)** pensar que un hecho de gran magnitud, como el denunciado, no haya sido nciado **(sic)** por varias personas y que la misma ofendida no haya hecho algo para evitar esunto **(sic)** delito del cual estaba siendo objeto. Por otro lado, en esta clase de delitos, **(sic)** son violentos, pueden dejar huellas visibles, dada su extrema variedad, de ahí, que la **(sic)** comprobación del delito es necesario de la competencia del médico legista, para de **(sic)** su análisis brinde al magistrado un criterio concreto de tal hecho; sin embargo, el esente **(sic)** caso, el doctor Freddy Germán Herrera Almagro, quien realizó el examen médico **(sic)** a la menor, fue enfático al señalar que no ha encontrado ningún tipo esión, **(sic)** sugiriendo además la valoración psicológica, lo cual, hasta el momento de la encia **(sic)** de juzgamiento no se le ha realizado, por tanto, esta prueba testimonial genera a **(sic)** aporte en el hecho que motiva este enjuiciamiento; obviamente, al margen de la ortancia **(sic)** médico legal, de este caso en particular y de los similares, es incomprensible **(sic)** cuando no haya una base física que permita llegar a una conclusión fehaciente del no, **(sic)** y no llevarse simplemente por acusaciones, denuncias o testimonios; en lo demás, e **(sic)** ha presentado prueba de convicción que permita a este Tribunal juzgador, formar criterio suficiente para determinar el tipo penal y la responsabilidad del procesado en la isión **(sic)** del mismo, más allá de sostener la hipótesis de Fiscalía, que la denuncia fue la determinar **(sic)** el abuso provocado a la menor, hecho que estuvo lejos de justificarse, con pruebas presentadas incumpliendo el propósito exigido en el Art. 85 del Código de cedimiento **(sic)** Penal. **DÉCIMO:** Conclusión. **(sic)** estas **(sic)** consideraciones, análisis y conclusiones este Tribunal, acorde a lo previsto en el **(sic)** 304-A, 305 y siguientes del Código de Procedimiento Penal referentes a la sentencia, **(sic)** MINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL **(sic)** CUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE PÚBLICA **(sic)**, dicta sentencia absolutoria ratificando el estado de inocencia de CARLOS JAVIER CABRERA CHUQUI, cuyas generales de ley se encuentran ya mencionadas **(sic)** la presente sentencia, convicción que se ha formado, en base a la apreciación lógica, sentido común, y de sana crítica de que trata el art. 86 del mismo cuerpo legal, y dic **(sic)** sentencia absolutoria, ordenándose que se cancelen todas las medidas cautelares de ord **(sic)** real y personal que se hayan dictado en su contra por esta causa nro. 18-2012-RV. **(sic)** denuncia presentada no es maliciosa ni temeraria. Se deja constancia que en la etapa **(sic)** juicio la Fiscalía y la Defensa del absuelto, no han tenido actuaciones indebidas. **Léas (sic) y notifíquese.**

f) **Dr. Julio César Almeida Miranda, Presidente. Dr. Patricio Calderón Calderón, Juez. Dr. Gonzalo Morales Molina, Juez.**

SEGUNDA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Jorge Cadena Chávez.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. PRIMERA SALA DE GARANTÍAS PENALES. Quito, miércoles 3 de octubre del 2012. Las 08h41.

VISTOS: Una vez que se ha evacuado la audiencia pública oral y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168 numeral 6, y 169 de la Constitución de la República, así como en los artículos 205.1, 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, procede a emitir su pronunciamiento, por escrito, sobre el recurso de apelación, de la sentencia absolutoria dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales, el 18 de junio del 2012, a las 09h40, a favor de Carlos Javier Cabrera Chuqui, dentro de la causa que por un delito de atentado contra el pudor tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, se ha instaurado en su contra. Encontrándose la causa para resolver y hacer conocer el fallo por escrito, este Tribunal de Alzada se pronuncia al respecto considerando: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación venido en grado, conforme lo establece el Art. 29 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal; y, artículo 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO:** El proceso ha sido llevado con sujeción a las normas procesales vigentes y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que es válido y así se lo declara. **TERCERO:** El presente enjuiciamiento se da inicio en virtud a los hechos puestos en conocimiento por la Fiscalía, que llegó a conocer a través del parte de detención de 19 de noviembre del 2011, suscrito por el Sbte. de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero y Sgto. Segundo Caza Vega, que: Al haber tomado contacto con la señorita NN y su padre Wilmer Humberto Pinanjota Rosero y les han manifestado que, en momentos que dicha señorita transitaba con dirección a su domicilio, un individuo la había abrazado por detrás tapándole la boca, indicándole que no grite ni haga fuerza y haga todo lo que él le diga, si no la mataría, llevándole hasta la camioneta que se encontraba parqueada sobre la calle Duchicela, subiéndole al cajón que se encontraba cubierto con una carpa, en el lugar habría procedido a tocar sus partes íntimas, a besarla e intentando quitarle la ropa; en ese momento, al estar un miembro policial cerca, le han comunicado de este particular, quien llega inmediatamente a la escena, impidiendo que Carlos Javier Cabrera Chuqui culmine con el delito que se presume quería cometer. Hechos estos que se han puesto en conocimiento del doctor Franz Valverde Gutiérrez, Juez Octavo de Garantías Penales de Pichincha, quien luego del trámite de ley, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de Carlos Javier Cabrera Chuqui, por presumirlo autor del delito de atentado al pudor, tipificado y sancionado en el art. 504.1, del Código

Penal, confirmando la prisión preventiva en contra del procesado. Evacuadas que han sido las etapas de instrucción fiscal, intermedia y la del juicio, el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, luego de la audiencia reservada de juzgamiento del ciudadano Javier Cabrera Chuqui, ha dictado la sentencia que ratifica su inocencia. Inconforme con tal resolución, la Agente Fiscal en representación de la Fiscalía General del Estado ha interpuesto en forma independiente el recurso de apelación que es objeto del presente análisis.

CUARTO: Con providencia de 14 de agosto del 2012, las 11:01, se convocó a las partes procesales para que el día 25 de septiembre del 2012, a las 09:00, tuviera lugar la audiencia pública, oral y contradictoria dentro del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía. Por haber llegado el día y hora antes indicados, se constituye la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrada por los doctores: Patricio Arízaga Gudiño y Jorge Villarroel Merino, Jueces Provinciales; y Jorge Cadena Chávez, Juez Provincial Encargado, de manera que, una vez que se ha verificado la concurrencia de las partes convocadas, se inicia la precitada diligencia, en la que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 345 inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, se concede la palabra al doctor Francisco Novoa Castro Agente Fiscal de Pichincha quien lo contrajo a lo siguiente: a) Que el día 19 de noviembre del 2011 a las 19:00, cuando la víctima regresaba a su domicilio ubicado en la parroquia de Carapungo, siente que por la parte de atrás la intercepta una persona con un cuchillo, el cual le lleva a una camioneta que se encontraba tapada el balde por una carpa donde el procesado Carlos Cabrera Chuqui, intenta besarle y tocarle sus partes íntimas; b) Que en eso ha pedido auxilio a un niño quien da aviso a un Policía el cual llega al lugar y constata este hecho, siendo detenido el imputado Carlos Cabrera Chuqui; c) Que en la audiencia de juicio, Fiscalía consideró que ha justificado los presupuestos de la materialidad de la infracción así como la culpabilidad del procesado, básicamente con el testimonio de la menor quien indicó cómo ocurrieron los hechos; sin embargo de lo actuado y del acta, el Tribunal dicta sentencia declarando que Carlos Cabrera Chuqui es inocente; por ello apela la Fiscalía, y considerando los testimonios presentados en la audiencia se ha justificado la responsabilidad y materialidad. Por lo que solicita se revoque esta sentencia y se declare la culpabilidad de este ciudadano como autor del delito tipificado en el Art. 504.1 del Código por atentado al pudor. A continuación se concede la palabra al defensor del sobreseído, para que conteste esa impugnación, quien manifestó: d) Que el hecho ha ocurrido casi como lo ha manifestado el fiscal, pero con unas pocas diferencias; resulta que el ciudadano Cabrera estaba caminando por la calle Duchicela, en la que se le acusa de este delito, y dentro de la declaración que ha rendido la ofendida, manifiesta que ella estaba caminando y sintió un cuchillo en la espalda, le obligó que camine hasta donde estaba una camioneta con carpa, donde quisieron atentar al pudor, ese fue el contenido de la denuncia; e) Que en la instrucción

fiscal se ha negado la ofendida a dar su testimonio; más aún, la Fiscalía habló con sus padres para que rinda su versión que lo ha hecho en la cámara de Gesell, donde ha narrado lo ocurrido y se ratificó en los hechos, y al preguntarle si el procesado había tocado sus partes íntimas, ella ha dicho que no, y con esto llegó al Tribunal Penal; f) Que ha rendido su versión el agente de Policía, donde indica que cuando llegó al lugar, Cabrera estaba vestido y al lado de la chica sin que este en alguna posición que se presume un posible atentado al pudor el Teniente de Policía también manifestó que acudió al lugar y se percató que había bastante gente, ya que pasaban las personas en procesión al Quinche. Por lo tanto, es imposible que con tanta gente haya caminado con la víctima más de 20 metros hasta llegar a la camioneta; otra parte fundamental es que por el sector no había un solo carro ya que había tanta gente que no se podía transitar; g) Que procesalmente no existe en el informe médico legal que haya habido lesiones en el cuerpo de la víctima, sean externas o internas o en sus partes íntimas, que haga presumir un posible indicio de agresión sexual. Dentro del proceso si bien es cierto que el señor Fiscal indica que no se ha tomado en cuenta el testimonio de la víctima como prueba, el art. 140 del Código de Procedimiento Penal, dice que el testimonio de la ofendida no hace prueba plena; de la misma el artículo 143 inciso segundo del mismo Código establece lo siguiente (...), h) Que ha rendido testimonio su defendido y no se probó que haya cometido este presunto delito. De tal manera que lo dicho por los miembros del Tribunal está apegado en derecho y con lógica jurídica; por lo tanto solicita se ratifique en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal Aquo. A la réplica el doctor Francisco Novoa Castro Agente Fiscal dijo: Señores jueces, quiero acotar que por la naturaleza de la infracción, el testimonio básico es el que realiza la víctima por ser un delito de carácter sexual; es así, que el Tribunal debió tomar en cuenta el testimonio de la víctima, y si el examen médico legal dio negativo en desfloración o lesiones, es porque fue atentado al pudor, ya que la víctima fue amenazada con un cuchillo y solo con ese simple hecho de la amenaza, a la chica le tocó subirse a la camioneta contra su voluntad. Por lo tanto, Fiscalía se ratifica en que se revoque la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales, y se declare la culpabilidad de Carlos Javier Cabrera Chuqui, como autor y responsable del delito tipificado por el Art. 548.1 del Código Penal de atentado al pudor. A la respuesta de la réplica la defensa dijo: Señores Jueces, lo que manifiesta el Fiscal procesalmente no tiene mérito; si bien se debió considerar el testimonio de la ofendida, dentro del proceso rindió dos versiones distintas, una en la Fiscalía y otra en el Tribunal, por lo tanto no es muy creíble; ya que si la chica se creía ofendida al igual que sus padres, por qué no presentaron acusación particular y por lo mismo no fueron partes procesales. Por lo tanto solicita que no se tome en cuenta la apelación del señor Fiscal; y se debe aplicar el art. 4 del Código Penal, en cuanto fuere favorable al reo, porque no se puede dentro de un proceso sentenciar a una persona solo por presunciones, ya que

nunca justificaron con las pruebas este supuesto delito. **QUINTO:** El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, puntualiza que en la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para que según corresponda condenarlo o absolverlo; por consiguiente, *“La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código...”* de acuerdo con lo que establece el art. 83 ibídem; de la misma manera al tenor del art. 84 del Código Adjetivo Penal *“se deben probar todo los hechos y circunstancias de interés para el caso...”*; en concordancia con el art. 85 del Código de Enjuiciamiento Penal, en el que se señala: *“La prueba de establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado”*; y el art. 252 ídem, dice: *“la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal”*. Con relación a la prueba material, conforme lo determina el art. 91 del Código de Enjuiciamiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado, con la debida cadena de custodia, para ser presentados en juicio y valorados por una Jueza o Juez o un Tribunal; principios procesales estos que son concordantes con lo que establece el art. 76 numeral 7 literales a), b), c), d), e), g), h), j) y k) de la Constitución de la República. En consecuencia, una vez revisada la sentencia se observa que durante la audiencia oral pública de juzgamiento, la Fiscalía para justificar la existencia material de la infracción así como la responsabilidad penal del procesado Carlos Javier Cabrera Chuqui en el delito de atentado contra el pudor, ha introducido las siguientes pruebas: 5.1. PRUEBA TESTIMONIAL. 5.1.1. Testimonio propio de la menor NN, quien se ha encontrado acompañada de su madre, Gladys Carrión Puchaicela a quien el Tribunal ha nombrado como curadora, y sobre los hechos ha declarado que: El día 19 de noviembre cuando subía a su casa a eso de las 19:00 ha pasado por un lugar por donde estaba un grupo de chicos; de pronto alguien la cogió por detrás; de forma amenazante con un cuchillo le ha dicho que camine sino la iba a matar; la ha llevado hasta una camioneta negra que tenía una carpa atrás; la hizo subir y ha querido abusar de ella; ha comenzado a tocar sus partes íntimas; en ese instante a una señora que ha pasado por ahí le ha pedido auxilio pero no lo ha hecho; un niño que ha visto lo que estaba sucediendo ha dado aviso a un teniente y ha acudido en su ayuda; el hoy acusado la amenazado con un cuchillo; hasta la llegada de la Policía pasarían unos cinco minutos; al ciudadano le ha pedido que la soltara y la dejara ir a su casa, pero le decía que se calle que si no lo hacía la iba a matar; al acusado antes no lo ha conocido; esto ha sido en Calderón, en Carapungo y de ahí le ha llevado a la calle Duchicela; el hoy acusado tenía aliento a licor; estudia en el Colegio. Al contra interrogatorio

de la contraparte, ha respondido que: Toda la carpa ha estado cerrada, solo estaba abierta por donde ha subido, ese día circulaba mucha agente por ese sector por lo que no había circulación vehicular; la camioneta ha estado a unos 20 pasos de donde la ha interceptado el hoy acusado, sin que sea de él la camioneta, el hoy acusado ha estado solo. A las preguntas del juez Morales, ha dicho que: Primero le ha comenzado a besar, le ha topado las partes íntimas, le decía que iba hacer de él; le decía groserías; le decía que se calle; en eso ha pasado el niño y ha visto; todo ha sido por debajo de su ropa; 5.1.2. Testimonio propio rendido por Gladys Carrión Puchaicela, quien bajo juramento ha declarado que: El día de los hechos ha estado en su casa; ha recibido una llamada y la ha contestado su hijo; le dijo que a su hija la han intentado violar; fue al lugar por la calle Duchicela y en la panadería había estado su hija; ya lo habían detenido al hoy al acusado; su esposo, hijo e hija se ha ido a la Policía; su hija vestía un jean, un buzo, zapatos deportivos; si han encontrado el arma blanca; al llegar su hija ha estado con lágrimas, llorosa, sentada en el patrullero; el hoy acusado es la persona que ha estado detenido; su hija tiene 17 años de edad. Al contra interrogatorio de la contraparte ha contestado que: El día de los hechos lo ha visto virando la camioneta; 5.1.3. Testimonio propio rendido por Wilmer Humberto Pinanjota Rosero, quien luego del juramento ha declarado que: El día sábado ha estado en su casa, ha sonado el celular y le han dicho que a su hija le han estado queriendo violar; ha bajado corriendo y observó a su hija llorando acompañada de un subteniente; el hoy acusado le ha puesto un cuchillo y a su hija le ha subido a un carro; el hoy acusado ha estado con su interior abajo; un niño ha visto y le ha ido avisar al subteniente, quien le ha arrestado; se ha ido conjuntamente con el subteniente a la PJ; el hoy acusado es la persona que ha agredido a su hija. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado ha declarado que: El día de los hechos si ha visto al hoy acusado, quien ha estado medio chumado; 5.1.4. Testimonio propio rendido por el perito médico legista Freddy Germán Herrera Almagro, quien luego del juramento ha declarado que: Realizó el examen médico legal de la menor, en noviembre del 2011 a las 23:00, quien se ha encontrado acompañada de su hermana; la menor ha relatado los hechos; además no ha habido penetración ni anal, vaginal, ni bucal; al examen no ha encontrado ningún tipo de lesión; el himen de la menor era elástico, sin que se haya tomado muestras de fluido vaginal; ha sugerido valoración psicológica; la menor ha estado un poco nerviosa, intranquila, temerosa e insegura. Al contrainterrogatorio de la defensa del acusado ha respondido que: no existen lesiones, ni traumatismos; 5.1.5. Testimonio propio rendido por el Cabo de Policía Juan Pablo Morocho Cortéz, quien bajo juramento ha declarado que: ha dado cumplimiento a la delegación enviada por el Fiscal, doctor Lizardo Díaz; el 28 de noviembre del 2011 ha procedido a efectuar la diligencia en cumplimiento al oficio 702 de la Fiscalía, trasladándose al sector de Calderón, en la calle Carapungo y Duchicela, donde ha realizado el reconocimiento del presunto lugar de los

hechos, donde se había encontrado estacionado el vehículo; ha tomando fotografías desde la vía Carapungo y María Duchicela, que es en el parque de Calderón. Indica que es un sector poblado; el vehículo ha estado estacionado sobre la calle Duchicela; ha reconocido el acta por él realizada; 5.1.6. Testimonio propio rendido por el Teniente de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero, quien bajo juramento ha declarado que: El día de los hechos, el capitán Max Molina le ha indicado que concurra hasta donde se ha encontrado el hoy acusado; en el lugar ha encontrado mucha gente; un chico les ha indicado que un ciudadano ha subido a una chica a la fuerza; sobre la chica ha estado el hoy acusado, junto a él un cuchillo y dos preservativos; la chica ha pedido auxilio; luego han bajado los familiares de la chica y le han indicado que ella había ido a un internet; la chica no conocía al hoy acusado; el vehículo era de la gente de la procesión, tenía carpa; los dos preservativos y el arma blanca ha entregado a la Fiscalía; el hoy acusado es la persona que ha estado sobre la chica; el hoy acusado no ha puesto resistencia; la chica cuando les ha visto se ha exaltado y ha comenzado a pedir auxilio; la chica le indicó que le ha intentado bajar el pantalón. Al contra interrogatorio de la defensa del acusado, ha respondido que: Al momento de realizar la aprehensión del hoy acusado había gran afluencia de gente; el cuchillo tenía unos 15 a 17 centímetros, marca Tramontina; no se percató si la chica estaba con el pantalón abierto o desgarrada la blusa. A las preguntas del Juez Calderón, ha manifestado que: El hoy acusado cuando lo han bajado ha dicho que le han dado algo, que no recordaba nada. A las preguntas del juez Almeida, ha dicho que: La chica ha estado con un pantalón negro y una blusa; 5.2. PRUEBAS DOCUMENTALES: 5.2.1 Consta el informe elevado al Jefe de la Jepropeña de Carapungo; 5.2.2. Consta el examen médico ginecológico y complementarios de NN: 5.2.3. Consta el acta de reconocimiento del lugar de los hechos; 5.2.4. El parte de detención de Carlos Javier Cabrera Chuqui, elaborado el 19 de noviembre del 2011. **SEXTO:** Con el objeto de contradecir la prueba aportada por la Fiscalía, el acusado ha presentado como prueba a su favor: 6.1 Testimonio del acusado Carlos Javier Cabrera Chuqui, quien luego de las advertencias legales y acompañado de su abogado defensor ha declarado que: Se ha ido a cobrar en Ponciano Alto, saliendo a las 06:00; ha salido con un grupo que trabajan para una Empresa de fibra óptica para Internet; antes ha estado con su hijo enfermo se ha ido a pedir un adelanto y le han dado 360 dólares, los que le ha dado a su mujer, luego se ha ido a trabajar; posterior se ha ido a cobrar otra vez y le han dicho que no tiene nada más que darle; le han dado 20 dólares; estuvo molesto por lo que se ha ido a una villa y se ha tomado unos tres vasos de cerveza; al cobrar el conocimiento ha estado ya preso por intento de violación. A las preguntas de su defensor ha respondido que: No ha conocido a los monos con los que se ha puesto a tomar; no ha estado consciente cuando le han hecho la audiencia de flagrancia, sin recordar lo sucedido; las 19:00 se ha dado cuenta de lo sucedido. Al contra interrogatorio del agente

Fiscal, ha dicho que: No bebe a menudo; ese día ha tomado tres cervezas. A las preguntas del juez Morales, ha manifestado que: las cervezas que ha tomado han sido Pilsener grandes; las ha pagado el que declara; las cervezas le han servido en vasos grandes; se ha ganado tres cervezas. 6.2. PRUEBAS TESTIMONIALES: 6.2.1. Testimonio propio de la ciudadana Gladys Irene Velasco Terán, quien luego del juramento ha declarado que: conoce al hoy acusado unos nueve años porque dice trabajan juntos en una panadería de Tumbaco y salían juntos a cualquier evento, tiempo durante el cual ha demostrado ser una persona intachable, honorable incapaz de cometer ningún delito; 6.2.2. Testimonio propio de la ciudadana María Trinidad Vivas Aimara, quien bajo juramento ha dicho que: Conoce al hoy acusado unos quince años, por vivir en el mismo barrio, tiempo durante el cual nunca ha sabido que el hoy acusado haya tenido problemas con la ley e indica que es un chico muy respetuoso; 6.2.3. Testimonio propio de la ciudadana Martha Isabel Paredes Moreta, quien bajo juramento ha referido que: Conoce al hoy acusado unos cinco años porque viven en el mismo barrio, habiendo demostrados ser un joven respetuoso, honrado y trabajador; 6.3. PRUEBA DOCUMENTAL; 6.3.1. Constan las certificaciones de los Tribunales de Garantías Penales. 6.3.2. Consta el certificado de conducta ejemplar; 6.3.3. Consta un certificado de no intento de fuga al interior del Centro Carcelario; 6.3.4. Consta una certificación del Centro de Diagnóstico, referente a actividades realizadas. **SÉPTIMO:** La Constitución de la República en su artículo 66 al referirse a los derechos de libertad, en el numeral 3 dice: “El derecho a la integridad personal incluye: a) La integridad física, moral y sexual (...); 9. el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras (...)” *“Nuestra Legislación Penal en el Título VIII trata de la Rufianería y Corrupción de Menores, y en el Capítulo II refiere, del Atentado contra el Pudor, de la Violación y del Estupro, capítulo donde consta el tipo penal acusado, cual es la del artículo 504.1, norma que textualmente, dice: “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”.* El tratadista Sebastián Soler menciona dentro del concepto de atentado al pudor como: *“Atentado al pudor o actos de abuso deshonesto: Los actos eróticos-sexuales, acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo realizados sobre el cuerpo de otra persona”.* Así mismo Daniel López Bolado indica que: “Este delito ofrece características que en la mayoría de los casos dificultan la ubicación de la acción llevada a cabo, su comprobación y existencia y la imputabilidad del auto, así como las circunstancias que lo rodean, y también porque no, la responsabilidad de la víctima. Las opiniones de los autores se han dividido en dos para establecer el elemento subjetivo de este delito, y esas posturas son: A) La subjetivista. Los elementos que

tipifican el abuso deshonesto son: uno material, objetivo, consistente en la comisión de actos libidinosos no tendientes al acceso carnal; y otro subjetivo, que consiste en la voluntad y conciencia de cometer un abuso con propósito libidinoso (lascivo, impúdico, lujurioso) sin llegar a la copula. Faltando uno de estos dos elementos no habrá antipicidad. B) La objetivista. El delito de abuso deshonesto quedará tipificado cuando se efectúe una acción sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con finalidad lúbrica, si el autor tiene conocimiento de que ofende el pudor y/o la libertad del sujeto pasivo. Es decir el delito lo constituye una acción de significado objetivo impúdico que ofenda a la víctima, independientemente del ánimo del sujeto activo. Los objetos jurídicos protegidos son: el pudor, la libertad sexual, la seguridad sexual, la honestidad: *“La tutela de la honestidad se refiere a la defensa del pudor personal contra las acciones que puedan lesionarlo y a la protección de la libertad sexual”*. El sujeto pasivo es el púber e impúber quienes al dar o no su consentimiento carecen de la libre elección en cuanto a lo sexual, existiendo la respectiva agravante si existe el o de los medios constituidos por la violencia física o moral”. El objeto material es el sujeto pasivo. Los medios para ejecutarlo son la violencia física o moral. El abuso deshonesto contiene todos los elementos del delito de violación excepto la cópula”. (Delitos Sexuales, Marcela Martínez Roaro, Editorial Porrúa S. A. México, págs. 171, 175 y 176. **OCTAVO:** Del conjunto probatorio introducido al juicio, este Tribunal de alzada, llega a concluir que la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad penal del acusado Carlos Cabrera Chuqui, se encuentra probado con los testimonios rendidos tanto por la ofendida y del Teniente de Policía Luis Miguel Mantilla Tinajero, en los que se manifiesta, la primera de la nombrada, que al pasar por el lugar de los hechos una persona la ha tomado desde atrás y con un cuchillo la obligó para que suba a un vehículo que tenía una carpa, en donde *“ha procedido a tocarle sus partes íntimas, que intentó bajarle el pantalón”* y le decía que sería de él; algunos de esos hechos quedan confirmados con lo manifestado por el Oficial que dijo que acudió al lugar y encontró el vehículo con carpa, que el sujeto *“se encontraba sobre la chica y junto a él un cuchillo y dos preservativos”*, que han sido entregadas como evidencias; el testimonio del médico legista, quien la atendió inicialmente y ha declarado que la menor le relató los hechos y que se ha encontrado *“nerviosa, intranquila, temerosa e insegura”*, por lo que ha recomendado valoración psicológica; se complementan estos hechos con los testimonios rendidos por los padres de la menor, quienes en su momento y por separado refirieron sobre la llamada telefónica recibida en la que les informaban de la agresión sexual que había sufrido su hija, y que al llegar al lugar han encontrado a su hija llorando y al ahora acusado detenido; todo esto, configuran características propias de un delito de tipo sexual donde existe temor, ansiedad e inseguridad, o también el uso verbal, lenguaje sexual que proviene de este tipo de actos. **NOVENO:** Al respecto, la Sala entra a analizar si cada uno de estos elementos jurídicos

se ajusta a la prueba aportada por cada una de las partes procesales, a fin de justificar sus afirmaciones. Entonces es menester empezar con *“la acción”* como el primer elemento que da inicio a esta operación de imputación penal la misma que trae sus propias consecuencias; la acción debe ser ejecutada por una persona de tal manera que produzca un efecto dañoso en un bien jurídico tutelado o un derecho protegido, debe ser realizada de forma voluntaria sin que haya obstáculos para su ejecución. En este caso puesto en conocimiento de la Sala, encontramos que el sujeto activo de esta acción se llama Carlos Javier Cabrera Chuqui quien ha ejecutado este acto en forma libre y voluntaria en la víctima la menor NN, al haber realizado actos de tipo sexual sin que haya el acceso carnal con una persona menor de edad, quien aparece como el sujeto pasivo de esta relación penal y le ha sido arrebatado su derecho protegido, su derecho al libre consentimiento o el derecho a la libertad sexual. En cuanto a la conducta ejecutada, la misma se encuentra determinada por el verbo rector, que en el caso del atentado al pudor son *“someter y obligar”* físicamente a una persona para doblegar la voluntad de la víctima o realizar acciones con las que se consigue ese engaño o la inducción para obtener estos actos de carácter sexual, todo lo cual se contraponen a los valores de dignidad que toda persona tenemos, puesto que pone en peligro el bienestar individual, el de la familia y la comunidad en general; este hecho ha sido confirmado con las evidencias encontradas, como son el cuchillo con el cual sometió y obligó a la víctima a subir al vehículo que tiene una carpa. En cuanto al objeto, esto es, el acto sobre el que recae el daño o los efectos del acto mismo o que ponen en peligro en riesgo el bien jurídico protegido; que en el caso en concreto tenemos que Carlos Javier Cabrera Chuqui ha procedido a someter a la menor NN para tocarle sus partes íntimas, estos hechos han quedado debidamente probados a través de los testimonios de la misma víctima y testigos presentados por el representante de la Fiscalía General del Estado, tomando en consideración las circunstancias o modalidades ya descritas. **DÉSIMO:** En cuanto al tipo subjetivo de la acción o del delito en sí mismo, encontramos que éste es del tipo *“doloso”*, entendiéndose por tal el querer dominar por la voluntad de realización del tipo objetivo; o sea, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción, lo que presupone una concordancia entre lo que se conoce y lo que se pretende llevar a efecto. Este dolo tiene que ser directo, ya que, sea por el abuso de situación al obligar a la persona o por el sometimiento de la víctima, el autor cumple con los elementos del tipo objetivo, porque es necesario que ese mismo autor tenga conocimiento de que la víctima no puede consentir libremente la acción y por lo tanto se aprovecha de ella. Estos elementos del conocimiento y la voluntad están debidamente probados a través de los testimonios ya relatados en líneas anteriores por la ofendida, los padres de la menor, del Oficial de Policía y del Perito Médico Legal, quienes refieren estos actos ilícitos y la descripción de las evidencias, como del estado psicológico que se encontraba ese momento la referida menor; con todo

este análisis se ha logrado demostrar que la acción es típica, ya que se encuentra establecida con anterioridad al hecho como delito en el Código Penal. Siguiendo este análisis de carácter dogmático encontramos que la acción debe ser anti-jurídica, y en el expediente como en la prueba aportada por las partes procesales, la Sala no encuentra que Carlos Javier Cabrera Chuqui, se encuentre inmerso dentro de las causas de justificación (antijuricidad formal) o que haya desvirtuado que no lesionó el derecho tutelado de la víctima (antijuricidad material); por el contrario, se ha establecido en el desarrollo del juicio que hubo de su parte la vulneración del derecho al libre consentimiento o el derecho a la libertad sexual de la víctima NN, ya que se trata de una persona con minoría de edad y por consiguiente disminuida para entender y querer el acto, así como para consentir en el mismo. De la misma manera, tenemos que el sujeto activo de la acción Cabrera Chuqui, no se encuentra dentro de la categoría de la imputabilidad, por cuanto no existe una valoración psiquiátrica o psicológica que establezca lo contrario; de ahí que, no existe prueba que contraponga el accionar de Carlos Javier Cabrera Chuqui en cuanto a que haya actuado en virtud a un error de prohibición y que este haya sido de carácter invencible o vencible; sin embargo de que, al rendir su testimonio ante el Tribunal A quo, ha pretendido convencer con una historia increíble, por decirlo menos, ya que el mismo acepta que tomo tres vasos con cerveza Pilsener, afirma además que él las pagó, más adelante dice que las cervezas las ganó, y que luego de haber tomado ya no recuerda los hechos, solo el momento en que ya se encontraba en la Policía Judicial detenido por intento de violación; si en verdad sucedió todo aquello, en el proceso no consta prueba alguna que confirme tales hechos alegados; lo que está claro es que, este ciudadano no atendió a las normas propias de una convivencia social armónica que todos debemos mantener dentro del grupo social en que nos desenvolvamos; no respetó las libertades que le concede la Constitución al mismo sujeto activo ni la de la víctima, por cuanto su actuar trasgrede el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos, de ahí que, su conducta sea reprochable por parte de la sociedad, más cuando su actuar se dio en contra de una persona menor de edad. Es menester para concluir, que en los delitos de carácter doloso, el autor de la acción es aquél que tiene el dominio del acto sobre la realización o consumación del delito, y en el caso que nos ocupa, la Sala encuentra que la persona que tuvo ese dominio del acto fue Carlos Javier Cabrera Chuqui, ya que lo hizo en forma violenta al usar una arma que produjo en la víctima temor, ya que fue intimidada y obligada por este ciudadano a subir al vehículo que se encontraba cubierto con una carpa, utilizando para ello medios adecuados que no permitieran descubrirlo, lo que no sucedió así. De ahí que la alegación de la Fiscalía, de que el Tribunal a quo no consideró estas pruebas al momento de emitir su sentencia, han quedado debidamente plasmadas con este análisis jurídico y doctrinal. Más aún, los hechos relatados por la ofendida en la cámara de Gesell no han cambiado en

su esencia en cuanto a la fecha, la hora, el arma usada para intimidarla, el vehículo al que la obligó a subirse, el tocamiento de sus partes íntimas por parte de su agresor, a quien no lo conocía hasta antes de este momento; pero sí encontramos una diferencia de los hechos relatados por Cabrera Chuqui en cuanto a la cantidad de alcohol ingerido, con lo que presuntamente le hizo perder la razón; lo que no es concordante con la verdad probatoria que obra del expediente. De tal manera que, no produce duda en esta Sala, la actuación ilícita cometida por el ciudadano Carlos Javier Cabrera Chuqui, ya que, no es necesario que la víctima haya sufrido lesiones en sus partes íntimas, por lo que, las consideraciones del Tribunal de primer nivel al emitir su sentencia ha sido equivocado. Por lo dicho, reúne las características propias del delito ya que existe el propósito de cometer una determinada infracción; existe el principio de ejecución de ese específico hecho delictuoso; hay la idoneidad y univocidad de la conducta; más aún, existe la consumación del hecho, que dio el resultado perseguido por el autor, por lo que su accionar delictivo se encasilla en el delito establecido el primer artículo innumerado agregado después del art. 504 del Código Penal, de esta manera tampoco se vulnera el principio de congruencia de la acusación, ya que se trata de un delito contra la libertad sexual y adecuado a un tipo penal que contempla nuestra normativa penal. En consecuencia y sin necesidad de otras observaciones, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha **“HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, en forma motivada y razonada, en observancia de las normas constitucionales y legales, RESUELVE: 1. Aceptar el recurso de apelación interpuesto por la representante de la Fiscalía General del Estado; 2. Revocar la sentencia que ratifica el estado de inocencia del acusado Carlos Javier Cabrera Chuqui, toda vez que la prueba introducida al juicio por la acusación fiscal es suficiente e idónea para determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del referido ciudadano. En consecuencia, se dicta sentencia condenatoria en contra de Carlos Javier Cabrera Chuqui, cuyo estado y más generales de ley constan en el expediente, por haber adecuado su conducta al delito tipificado y sancionado en el art. innumerado agregado después del art. 504 del Código Penal, en calidad de autor de esta infracción, al tenor del art. 42 ibídem, por lo que se le impone la pena de CUATRO AÑOS de reclusión mayor ordinaria; sin embargo, por cuanto ha justificado atenuantes que lo hacen acreedor a los beneficios contemplados en el art. 72 inciso quinto del Código Sustantivo Penal, se modifica la pena a TRES AÑOS de reclusión menor ordinaria; pena que la cumplirá en uno de los Centros de Rehabilitación Social de Hombres de Quito; para su localización y captura se oficiará al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, para que disponga al personal a su mando procedan conforme a este mandato judicial. Igualmente se dispone el embargo de los bienes del acusado, para tal efecto, ofíciase al

Registrador de la Propiedad del cantón Quito. Se aclara que, al emitir esta sentencia, no se vulnera lo dispuesto en el art. 77.14 de la Carta Magna, toda vez que, la parte que interpuso el recurso no es el procesado. En la forma que prescriben los artículos 82 y 172 inciso segundo de la Constitución de la República en vigencia, que garantiza la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que el Secretario Relator de la Sala, remita inmediatamente esta sentencia al Tribunal de origen para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) Drs. Patricio Arízaga, Juez Presidente. Dr. Jorge Villarroel Merino, Juez Provincial. Dr. Jorge Cadena Chávez, Juez Provincial Encargado.

FALLO DE CASACIÓN

Juez Nacional Ponente: Dr. Paúl Iñiguez Ríos.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 1 de agosto de 2013. Las 09h00.

ANTECEDENTES.

VISTOS: El 19 de noviembre de 2011, a las 20h30, se presenta el parte de detención del hecho ocurrido, en las calles Duchicela y 9 de Agosto, en la ciudad de Quito, en el cual se indica que la adolescente se dirigía a su domicilio, cuando fue interceptada por un individuo, el cual la abrazó por detrás tapándole la boca, e indicándole que no grite ni haga fuerza, que haga todo lo que diga sino la mataría. Llevó a la adolescente de 16 años de edad hasta una camioneta que se encontraba parqueada sobre la calle Duchicela, subiéndola en el cajón, el cual constaba con carpa. Dentro el individuo había procedido a tocar sus partes íntimas, a besarla y había intentado desprender a la adolescente de sus ropajes, momento en el cual los moradores se percatan de lo que estaba aconteciendo, por lo que alertan a un miembro policial que se encontraba cerca; quien inmediatamente llega al lugar, impidiendo que se culmine el delito. Al momento de la detención el agente aprehensor ha encontrado a Carlos Javier Cabrera Chuqui, con aliento a licor, con un arma blanca y dos preservativos en su poder. El hecho fue denunciado por los padres de la ofendida; luego de las investigaciones pertinentes, Carlos Javier Cabrera Chuqui, fue procesado por el delito de atentado al pudor, según se desprende del acta de audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, dictado el 29 de noviembre de 2011, por el Juez Décimo de Garantías Penales de Pichincha, en contra de Carlos Javier Cabrera Chuqui, por existir presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal, en calidad de presunto autor. El 18 de junio de 2012, el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dictó sentencia absolutoria ratificando el estado de inocencia de Carlos Javier Cabrera Chuqui, con base a la apreciación lógica, de sentido común y de sana crítica de que trata el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, ordenando se cancelen todas las medidas cautelares de

orden real y personal; fallo del cual, la Dra. Mirian Escobar Pérez, Fiscal Especializada de Violencia Sexual e Intrafamiliar de Carapungo, interpone recurso de apelación. Mediante sentencia dictada el 03 de octubre de 2012, la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, acepta el recurso de apelación, reforma el fallo subido en grado, revocando la sentencia absolutoria del Tribunal a quo y declarando la responsabilidad penal del ciudadano Carlos Javier Cabrera Chuqui, por considerarlo autor del delito sancionado y tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, pero, tomando en cuenta que ha justificado atenuantes, se modifica la pena a tres años de reclusión menor ordinaria; fallo del cual, el sentenciado, interpone recurso de casación. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, de conformidad con los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal con respecto a este recurso de casación. **VALIDEZ PROCESAL.** En el trámite de las impugnaciones, no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de Casación, declara la validez de lo actuado. **FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. INTERVENCIÓN DE RECURRENTE CARLOS JAVIER CABRERA CHUQUI:** En la audiencia oral, pública y contradictoria, el Dr. Jaime Pérez Ponce, en representación de Carlos Javier Cabrera Chuqui, manifestó lo siguiente: **a)** Que la sentencia recurrida, dictada por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se limita a ratificar la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, argumenta que el testimonio que rinde la ofendida es el único valedero; **b)** Que no se tomó en cuenta la posición del demandado cuando rindió su testimonio con juramento, **c)** Que la ofendida rindió su testimonio en la cámara de Gesell y manifestó que no había sido manipulada y que únicamente el procesado había intentado besarla, **d)** Que el día de los hechos fue la procesión del Quinche, que habían miles de personas pero ninguna observada, **e)** Que se han violado los artículos 51, 140, 296, 306, 309, 312, 315, 318, 320 y 325 del Código de Procedimiento Penal y no se aplicó el artículo 85 ibídem, al igual que el indubio pro reo, **f)** Que no existe prueba que indique que el procesado fue quien cometió el delito; **g)** Que el médico legal establece que no hay lesión ni agresión física; y **h)** Solicita que se analice la sentencia, se deje sin efecto la misma y se declare la inocencia de su defendido. **INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El doctor Andrés Hidrovo, representante del señor Fiscal General del Estado, expresó lo siguiente: **a)** el delito de atentado al pudor ha sido declarado tanto por el tribunal a quo como por el tribunal a quem, quienes determinaron que en el caso se ha

demostrado la materialidad de la infracción, como la responsabilidad del procesado, **b)** Que el testimonio de la adolescente es sumamente importante, porque al contar los hechos lo hizo tal y como sucedió, y comparado con el informe de reconocimiento del lugar se determina que existió un lugar idóneo para el cometimiento del delito, siendo éste una camioneta cubierta con una carpa, donde logró someter a la víctima el hoy acusado, **c)** Que los hechos fueron advertidos por una persona, quien informó al cuerpo policial y ellos lograron detener el desarrollo de este delito de atentado al pudor, **d)** Que en el caso hay elementos anteriores y consumativos y se ha evidenciado tanto la existencia material como la responsabilidad penal, **e)** Que la defensa ha mencionado algunas normas y disposiciones de carácter procesal que han sido violadas, pero que la Fiscalía considera que no se ha demostrado la forma o modo en la que se ha violado la ley; y, **f)** Que el recurso no se ha fundamentado, por lo que solicita que se niegue y se confirme la sentencia dictada por el Juez ad quem. **EL RECURSO DE CASACIÓN.** El tratadista español Andrés de la Oliva Santos, respecto del recurso de casación, dice: *“El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley”* (Derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, pág. 623), de este concepto se infiere, que para la procedencia del recurso de casación, es necesario que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, esto es, que se precise la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis determinadas en la ley. La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, está sometida a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada. En tal virtud, el recurso de casación penal constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo por objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 76.7. m de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2 literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: *“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”*, norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: *“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 jurisprudencia ecuatoriana, sobre la procedencia del recurso de casación penal, se ha pronunciado en los siguientes términos: *“...Para la procedencia del recurso*

de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La violación del precepto no debe buscarse en la parte motivada de la sentencia, sino en la parte dispositiva que es la que contiene la decisión definitiva. De otro lado, necesario es destacar que por cuanto la casación no es un recurso ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del causal probatorio, ni volver a analizar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa. En lo atinente a la apreciación de la prueba, debe tener presente que la sana crítica no está sujeta a una escala valorativa, por lo cual no puede sustentarse un recurso de casación en supuesta violación de su normativa. (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 186.). No hay otra causa que sustente la procedencia del recurso, puesto que, en virtud del principio de taxatividad, solo la ley determina los motivos para su procedencia. **EL DELITO DE ATENTADO AL PUDOR.** El delito de atentado al pudor se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal, que establece *“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.”* Las palabras “somete”; y, “obligarla”, que contiene esta norma, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima 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. **ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. PRIMERO:** El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establece las causales por cuando procede el recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que la ley expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de una norma: *“(...) cuando se aplica una norma legal de manera errónea a determinado caso. Hay aquí una norma (la defectuosa) aplicada y una norma (la correcta) que se ha dejado de aplicar.”*; y, errónea interpretación se da cuando por interpretar la norma de derecho material que se encuentra oscura e incomprensible, se llega a una interpretación distinta a su verdadero sentido. En este contexto, de la fundamentación realizada en la audiencia, se observa que el recurrente Carlos Javier Cabrera Chuqui, de manera alguna logra justificar las

violaciones de la ley en la sentencia impugnada, en los términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sus alegaciones carecen de sustento. Sin embargo, en un acápite aparte, se procede a analizar lo que el recurrente sostiene respecto de la sentencia impugnada. **SEGUNDO:** El casacionista por medio de su abogado, considera que no se tomó en cuenta, que su defendido rindió testimonio con juramento, acogiéndose a lo establecido en el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: *“El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él”*, al respecto, cabe mencionar que el hecho de que el acusado haya rendido su testimonio bajo juramento, en la que según sentencia de apelación consta que: *“Se ha ido a cobrar en Ponciano Alto, saliendo a las 06:00; ha salido con un grupo que trabajan para una empresa de fibra óptica para internet; antes ha estado con su hijo enfermo, se ha ido a pedir un adelanto y le han dado 360 dólares, los que le ha dado a su mujer, luego se ha ido a trabajar; posterior se ha ido a cobrar otra vez y le han dicho que no tiene nada más que darle; le han dado 20 dólares; estuvo molesto por lo que se ha ido a una villa y se ha tomado unos tres vasos de cerveza; al recobrar el conocimiento ha estado ya preso por intento de violación”*, el hecho de que no se auto inculpa, no significa que el juzgador de instancia, en este tipo de delitos de carácter sexual ni en ningún otro, tengan que valorarlo como prueba de descargo a su favor, más aún si este es el único medio de prueba que el procesado ha incorporado en la audiencia de juicio. A contrario sensu, en los delitos de abuso sexual este Tribunal y la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado, en el sentido de que se debe dar valor relevante al testimonio de la víctima, toda vez, que el sujeto activo siempre busca la clandestinidad para cometerlo; por tanto, este cargo carece de asidero legal alguno. Por otro lado, se argumenta la violación de los artículos 51, 140, 296, 306, 309, 312, 315, 318, 320, y 325 del Código de Procedimiento Penal, sin precisar por cuales de las causales se han dado las transgresiones alegadas; sin embargo, es pertinente por efectos de la motivación revisar si existe o no vulneraciones legales en la sentencia recurrida. El artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, señala: *“El denunciante no será parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria”*, norma que no puede alegarse de transgredida en el presente caso, puesto que el Tribunal ad quem, ratifica la existencia de la materialidad de la infracción y la responsabilidad en el cometimiento de la misma por parte de Carlos Javier Cabrera Chuqui, ya que al haber una sentencia de condena no cabe ni siquiera suponer que exista malicia o temeridad de la denuncia. El artículo 140 ibídem, establece: *“Cuando el ofendido haya presenta-*

do acusación particular, estará obligado a comparecer ante el tribunal de garantías penales, para rendir su testimonio con juramento”, en la especie, al tratarse el atentado al pudor, de un delito de acción penal pública, no requiere de acusación particular, el ejercicio de la acción le corresponde a la fiscalía; por tanto, no existe violación de esta norma como lo concibe equivocadamente el casacionista. El (sic) cuanto a que se ha violado el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, el cual indica que: *“Concluida la declaración, cuando sea del caso, se hará que el acusado, si lo quisiere, reconozca los instrumentos con que se hubiese cometido la infracción, los vestigios que ésta haya dejado y los objetos que hubieren quedado en el lugar en que se perpetró. Reconocidos que fueren, le preguntarán los sujetos procesales si anteriormente ha conocido los mencionados instrumentos u objetos, en poder de qué personas, en qué lugar, en qué fecha y en qué circunstancias”*, esta disposición deja a criterio del juzgador a quo, hacer que el procesado de manera voluntaria reconozca los instrumentos con los cuales se cometió la infracción, que en la especie, de la sentencia no consta que esto hubiere ocurrido, y menos que se le haya obligado a reconocerlos, lo que devendría en inconstitucional, por lo que resulta reprochable la interpretación errónea que hace el recurrente de esta norma. La violación de la ley que se imputa en la sentencia, en cuanto se ha transgredido el artículo 306, del cuerpo legal tantas veces invocado, carece de sustento, por cuanto la sentencia de apelación, cumple con las exigencias legales y constitucionales, encontrándose debidamente motivada, sin que se haya violentado la norma contenida en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República. En virtud del argumento que antecede, se determina que la sentencia objeto de casación, cumple con los requisitos formales que exige el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, es congruente, ya que se encuentran articuladas la (sic) partes expositiva, considerativa y resolutive, sin que incurra en carencia de requisitos. Respecto de la violación que se dice, ha sido objeto el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, se indica que, la sentencia contiene los detalles y particularidades, de cómo el Tribunal a quo y el Tribunal ad quem concluyen sobre la existencia del delito de atentado al pudor y la responsabilidad del sentenciado, encontrándose precisado el delito y la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria; empero, se dice que, por cuanto justificó atenuantes, se modifica la pena a tres años de reclusión menor ordinaria, violentándose de esta manera la norma contenida en el artículo 29 del Código Penal, porque no consta que se haya justificado atenuantes que operan en los delitos sexuales, por tanto la pena no debió haberse modificado, por lo que conforme al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, cabe la casación de oficio. El artículo 315 ibídem, señala que *“El tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos”*, norma que refiere a la forma como debe

sentenciar el juez pluripersonal, sin que sea aplicable al Tribunal de Apelación, en virtud del principio de inescindibilidad; sin embargo de los antecedentes del caso, se observa claramente que este proceso inició y ha continuado hasta sede de casación por el delito de atentado al pudor, siendo observados los mismos hechos desde la audiencia de calificación de flagrancia, hasta la sentencia de segunda instancia. De igual forma, resulta inadmisibles las alegaciones, de que se ha infringido los artículos 318, 320 y 325 del Código Adjetivo Penal. El recurrente alega además, que no se ha aplicado el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, siendo menester aclarar, que de la sentencia pronunciada por el Tribunal ad quem, se determina con claridad que la prueba actuada en juicio, evidencia la existencia material de la infracción así como la responsabilidad del ciudadano Carlos Javier Cabrera Chuqui, sin que para el caso sub judice, se pueda afirmar que la prueba actuada no ha cumplido con su finalidad. Finalmente se ha dicho, que no se aplica el principio indubio pro reo, el cual se refiere, a que el tribunal si tiene duda no puede condenar al acusado por un hecho delictivo, pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo; en el presente caso, en virtud de las pruebas practicadas en juicio, no hay duda alguna sobre el carácter inculpativo del ciudadano Carlos Javier Cabrera Chuqui.

TERCERO: Llama la atención sobremanera, la actuación de la fiscal Dra. Ximena Mora que inició la investigación del proceso penal, así como de los Jueces Dr. Julio Almeida, Dr. Patricio Calderón, Dr. Gonzalo Morales, Dr. Patricio Arízaga, Dr. Jorge Villarroel y Dr. Jorge Cadena, por la falta de acuciosidad en la investigación y en la calificación jurídica de los hechos, ya que de las constancias procesales, se observa la falta de conocimiento de la norma al subsumir los hechos a ésta, considerando que los actos efectuados por el procesado Carlos Javier Cabrera Chuqui, son de atentado al pudor, cuando claramente se evidencia de los antecedentes del caso, que éste ejecutó actos idóneos tendientes a cometer el delito de violación, acto que fue interrumpido por la presencia de la Policía, que fue alertada por los moradores del sector, quedando así en la tentativa de violación sexual; es así, que del proceso se evidencia que, el sentenciado había procedido a llevar bajo amenaza a la víctima al interior del vehículo, camioneta cubierta con una carpa, allí procede a tocar sus partes íntimas, a besarla y hasta había intentado quitarle la ropa para perpetuar su acceso carnal, momento en el cual un Policía llega a la escena impidiendo que se consuma el delito; por lo que se configura la tentativa de violación, conducta que se enmarca en la norma del artículo 16 del Código Penal, que dice: *“Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se*

verifica”. Muñoz Conde señala en cuanto a la tentativa que *“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*¹, para que sea punible la tentativa debe cumplirse tres requisitos, debe darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y que el bien jurídico protegido esté en peligro. El acto se vuelve típico, antijurídico y culpable, ya que al momento de dar inicio a la ejecución de los actos que conllevan al ilícito concurren estos tres elementos en el sujeto activo. En el presente caso, no se llega a consumar el delito, por la interrupción de un tercero, que por su voluntad, evita que el sujeto activo del delito llegue a finalizar el tipo objetivo, esto es, el delito de violación, pero que por observancia del principio de congruencia, este Tribunal de Casación, no puede sino únicamente alertar a los administradores de justicia sobre la errónea calificación jurídica a los hechos juzgados, más aún, cuando el procesado es el único recurrente. En el nuevo ordenamiento jurídico, en el que nos encontramos, tiene importancia el principio de congruencia, esto es, que debe existir consonancia entre el pliego de cargos y la sentencia, a fin de garantizar el derecho de defensa, la lealtad procesal y también la estructura jurídica y lógica del proceso, ya que un acusado sólo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder. Debe existir congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y los hechos concretos que motivaron la acusación, sin introducir hechos nuevos sobre los cuales no haya podido defenderse el procesado. En definitiva no se puede condenar por un tipo penal distinto, salvo que se trate de figuras homogéneas o similares, y sea el mismo bien jurídico protegido. El atentado al pudor según lo que expresa el artículo 504.1 del Código Penal es el que: *“... 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.”* En este delito la voluntad del sujeto activo es la de no acceder carnalmente al sujeto pasivo, únicamente lo que busca es realizar actos de naturaleza sexual, que en ningún momento llegue a este acceso carnal. **CUARTO:** Sin embargo de lo anotado supra, este Tribunal considera que la sentencia impugnada, violenta la ley, en vista de que no obra de la sentencia que se haya justificado la existencia de atenuantes a favor del sentenciado Carlos Javier Cabrera Chuqui, que se encuentran señaladas en el artículo 29 del Código Penal, por lo que, al existir indebida aplicación de esta norma y al haberse concedido atenuantes, modificando la pena a su favor, se establece una vulneración legal, puesto que el Tribunal de Alzada no explica las causas y circunstancias por las que modifica la pena. **DECISIÓN.** Al tenor de lo previsto

¹ Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, pag. 411.

por el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Javier Cabrera Chuqui, por no existir vulneración de la ley en la sentencia recurrida, bajo los planteamientos del recurrente. Sin embargo, de conformidad con la parte final del artículo 358 ejusdem, este Tribunal, casa la sentencia en cuanto a la pena impuesta, por no haberse justificado las atenuantes establecidas en el artículo 29.1 del Código de Procedimiento Penal, y le condena a Carlos Javier Cabrera Chuqui a la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria. En cumplimiento al artículo 77.14 de la Constitución de la República, al ser el sentenciado el único recurrente, no se puede agravar su situación, el recurrente cumplirá los 3 años de prisión menor ordinaria impuestos por el ad quem. Actúe la Dra. Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora (e). **Notifíquese, publíquese y devuélvase** al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales pertinentes.

f) **Dr. Paúl Iñiguez Ríos. Juez Nacional Ponente; Dr. Jorge Blum Carcelén. Juez Nacional; Dra. Gladys Terán Sierra. Jueza Nacional.**

XIII

Juicio nro. 365-2012.
Resolución nro. 864-2013

Juicio penal por violación, propuesto por FCH en contra de Luis Segundo González Jiménez.

SÍNTESIS:

Se desecha el recurso interpuesto, por cuanto, analizado que ha sido el fallo denunciado, este se halla debidamente ajustado a derecho, entendiéndose que las normas aplicadas hallan su pertinencia no existiendo falta de motivación.

PRIMERA INSTANCIA

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra.

TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, viernes 25 de noviembre del 2011. Las 16h21.

VISTOS: LUIS SEGUNDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. XX de 22 años de edad, estado civil soltero, de instrucción secundaria, de ocupación chofer, domiciliado en San Juan Calderón, Pío XII y Ángel González, y actualmente en liber-

tad por haber sido sustituida la prisión preventiva con la medida alternativa de presentarse cada semana ante el Juez; ha sido llamado a juicio por el señor Dr. Guillermo Solís Tacán, Juez Primero de Garantías Penales de Pichincha, mediante auto de 8 de agosto del 2011; por presumir ser el autor del delito tipificado y sancionado por el art. 512.2 del Código Penal; esto es, por cuanto, teniendo como antecedente la denuncia presentada por la señora FCHB, y la respectiva Instrucción Fiscal presentada en audiencia de formulación de cargos, conoció que, el 6 de marzo del 2010, a eso de las 22h30, xx de 16 años de edad, se había encontrado en el Parque Central, Sector San Juan de Calderón, con unos amigos tomando unas cervezas, que luego, habían empezado a tomar una botella; que Luis Segundo González Jiménez se habría ofrecido a acompañarle a su casa, pero que luego la adolescente había perdido la noción de los hechos al estar privada completamente de la razón que había recobrado al siguiente día, cuando se había despertado en un terreno baldío, ubicado a una cuadra y media de su casa, junto al antes mencionado sujeto, y con el pantalón en los tobillos, con un fuerte dolor en sus partes íntimas; y con remelladuras en su cuerpo, por lo que al ver a Luis Segundo González Jiménez junto a ella, le había preguntado qué le había hecho, a lo que él había respondido que todo lo que había hecho ha sido por amor; que por estos hechos se había presentado la denuncia, que ha sido motivo del juicio. Llevada a cabo la audiencia pública oral reservada de juzgamiento del acusado y estando la causa en estado de emitir la sentencia correspondiente, luego de que el Tribunal ha deliberado, para hacerlo se realizan las siguientes consideraciones: **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los órganos del poder público han de observar y aplicar la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el ordenamiento jurídico interno, con el objeto de no contrariar a sus disposiciones ni menoscabe derechos y garantías; el art. 21.1 del Código de Procedimiento Penal establece: "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 de Tribunal de Garantías Penales ejerce sus funciones (...); el hecho motivo del presente enjuiciamiento se ha evidenciado el 06 de marzo del 2010, en el cantón Quito, provincia de Pichincha, por consiguiente, el Tribunal es competente para conocer y resolver la situación jurídica del procesado LUIS SEGUNDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ, siendo competencia de este Tribunal la etapa del juicio conforme el art. 28.1 del Código Adjetivo Penal, etapa que se ha sustanciado con observancia de las normas constitucionales y legales del debido proceso, apegado además a lo dispuesto en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 221.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que se establece la validez procesal. **2. ALEGATOS DE APERTURA. 2.1 FISCALÍA.** La representante de la Fiscalía General del Estado, Dra. Paola Córdova, indicó que: en el

transcurso de la audiencia demostrará que la noche del 06 de marzo del 2010, la adolescente xx, de 17 años de edad, se habían encontrado en el sector de San Juan de Calderón, compartiendo con sus amigos una cerveza, que a eso de las 22h30, sus amigos le han dado una bebida, la misma que ha sido ingerida por xx, que a partir de la cual, ella había perdido el conocimiento y no recordaba nada de lo sucedido, hasta que a la madrugada del 07 de marzo, que ha despertado desnuda, en un bosque ubicado en la calle Lisboa, en el sector de San Juan de Calderón; que aparte de hallarse desnuda ha estado con un fuerte dolor de las partes íntimas y que a su lado había estado Luis Segundo González Jiménez; que desconcertada ella le había preguntado, por qué estaba ahí, qué es lo que le había hecho, que por qué, a lo que él había respondido -que porque le amaba-; que por todo ello la Fiscalía iba a demostrar, que este caso es un delito de violación, según lo que se encontraba establecido en los Art. 512.3 y art. 513 del Código Penal. **2.2. ACUSADOR PARTICULAR.** La Ab. Mercy Mero, indicó que personalmente se allanaba a lo expuesto por la Fiscalía, que la acusación particular hacía conocer que el acusado ha sido amigo de la ofendida, que le conocía desde hace muchos años, por no decir desde la infancia, que él se había aprovechado de esta amistad; que esa noche del 06 de marzo del 2010, en que la adolescente regresaba de la escuela a la que había asistido con su madre, se ha encontrado con ellos en el parque, que ha decidido conversar con el grupo de amigos, que entre conversas y conversas le han dado cervezas, que luego han salido los demás amigos de una cantina y han venido con dos botellas de Zhumir, que se han sentado a departir toda la noche, que es allí que muchos de sus amigos habían comenzado a retirarse, que ella ha decidido también retirarse a su casa, pero que el ciudadano acusado le ha dicho que él le iba a dejar, por lo que se han quedado todavía departiendo alcohol, que en el transcurso de las horas ella ha perdido la conciencia debido a que no ha sabido lo que le han puesto; que cuando ha recobrado el conocimiento se ha dado cuenta que estaba en un bosque adolorida en sus partes íntimas, semidesnuda de la cintura para abajo y sobre ella el señor González Jiménez Luis Segundo, que a lo que ella le ha dicho ¿qué es lo que le ha hecho?, que él le ha respondido que todo lo que había hecho era porque le amaba, que si no se le había dicho antes ha sido porque él era el mejor amigo del enamorado, que luego la chica entre queriendo amanecer ha llegado a su casa toda ensangrentada, que le ha comunicado a su madre lo sucedido. Que la madre se ha dado cuenta que algo había pasado, porque ha visto a su hija con chupetones en el cuello y el labio dañado, que ha sido en ese momento que la ofendida le ha contado a su madre lo sucedido; que el acusado ha ido a la casa horas más tarde, a querer hablar con su ofendida, que como su madre ya ha sabido lo que ha pasado le ha enfrentado preguntándole el por qué ha violado a la hija, que le ha pedido a su hermana menor llamar a la Policía, y que al escuchar esto el acusado ha huido y no ha dado más la cara; que quería dejar en claro que este ciudadano consciente de que ha sido el me-

jor amigo del enamorado no le ha importado que la chica haya sido menor de edad y ha procedido a violarle salvajemente. Que por ello pedía que sea castigado con la pena máxima. **2.3 DEFENSA DEL ACUSADO.** El Dr. Juan Carlos León Cortez indicó que debía iniciar señalando que el 06 de marzo del 2010, efectivamente su defendido, se ha encontrado en el sector de la parroquia de San Juan de Calderón, perteneciente al cantón Quito, provincia de Pichincha, con los señores Enrique Francisco Armas López y Jhonny Paúl Jaramillo, con quienes ha iniciado a ingerir alcohol desde las primeras horas de la mañana, que la ofendida señorita xx, ha llegado sola, que ha sido en la noche, que han estado en el parque de San Juan de Calderón y se ha integrado al grupo que ha estado libando, que posteriormente han ingerido tres botellas de licor, que luego de lo cual su defendido ha indicado no recordar sino hasta las 02h00 del día siguiente. Que de los elementos recogidos por la Fiscalía se conocía que la menor de edad también había indicado no recordar nada; que se ha indicado por parte de la Fiscalía y la acusación que presumían se ha colocado alguna sustancia en el licor para privarle de la razón; que esta aseveración carecía de verdad, ya que no se encontraba prueba alguna sobre ello; que al siguiente día su defendido se ha enterado del rumor de que había violado a xx por lo que había acudido a la tarde al domicilio de la adolescente a preguntar lo que había ocurrido y el por qué se le estaba acusando de una violación. Que su teoría del caso era probar que su defendido no había cometido ningún delito y menos violación, así como demostraría que la Fiscalía no ha podido probar que la conducta de su defendido se enmarque en el art. 512 del Código Penal. **3. LA PRUEBA.** Dentro de las disposiciones relativas a la prueba, la norma adjetiva penal, establece en sus artículos: 79, “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes (...); 83: “La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código (...)”; “En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales.”; 119: “(...)Los partes informativos, informes periciales, versiones de los testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba. (...)”; 286.6 “Las declaraciones o informes emitidos con anterioridad por una persona que está prestando testimonio en juicio, solo podrán ser leídos estrictamente en las partes pertinentes, para apoyar la memoria de dicha persona, o para demostrar inconsistencias o contradicciones en su testimonio actual”; finalmente, el art. 250 ibídem, estipula que en la etapa del juicio se deben practicar los actos procesales necesarios para comprobar la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la procesada o procesado para según corresponda condenar o absolver; y finalmente, el inciso cuarto del art. 253, invoca que: “Los jueces formarán su convicción a base del mérito y resultados de la prueba cuya producción y

formulación hayan apreciado directamente en el curso del juicio y de acuerdo con las normas de este código (...); siendo por ello la prueba de suma importancia para la justificación de esos presupuestos, debiendo por tanto ser obtenida a través de mecanismos o medios lícitos. Las pruebas presentadas e incorporadas por los sujetos procesales, a través de los distintos medios probatorios, durante la audiencia oral de juzgamiento, se detallan a continuación: En base a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 286.1 del Código de Procedimiento Penal, las partes procesales informan al Tribunal, que han llegado a acuerdos probatorios, los que por su naturaleza, y en vista del concierto arribado, no van a ser controvertidos en la audiencia, específicamente en lo referente a la existencia material del delito; por lo que, estando presentes en la sala de audiencias los peritos que elaboraron los distintos informes, el Tribunal, dispone a la Secretaría su lectura así como su incorporación al juicio como prueba de la Fiscalía. La pericia de entorno social de xx realizada por la Lcda. Martha Chapanta Pérez, de 15 de julio del 2010, de la que se desprende que, su padre vive en xx por casi diez años, que muy rara vez viene a Ecuador a visitarles, que son dos hijas mujeres; la vivienda es de propiedad de la madre, sin embargo pensaba en cambiarse de domicilio por todo lo que había ocurrido ya que esto afectaba a su hija; que la adolescente ha bajado notablemente el rendimiento académico sin mostrar ningún tipo de interés por realizar sus tareas escolares; que la adolescente estaba afectada por lo ocurrido a tal punto que no quería salir de su casa, así como tampoco recibía ninguna ayuda terapéutica. **3.1 DE LA FISCALÍA Y ACUSACIÓN PARTICULAR.** La Dra. Paola Córdova presentó la siguiente: **3.1.1** El testimonio de la acusadora particular FCHB de nacionalidad ecuatoriana, con C.C. xx, de xx años de edad, de estado civil casada, de instrucción secundaria, de ocupación ama de casa, domiciliada en xx, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó que, el 06 de marzo del año 2010, ha acudido a la escuela de su hija x porque ha sido su último año y todos los padres de familia, debían hacer un programa, que a ese programa han acudido sus hijas x y x se ha quedado como hasta las 22h00, que le ha dicho que estaba cansada y quería retirarse a la casa, que había aceptado que se fuera porque ella todavía debía entregar las cosas de las ventas para sacar los fondos para la escuela; que ha llegado a su casa como cerca de la 01h00 y su hija x no ha estado en la casa por lo que ha salido a buscarle, que estaba preocupada porque nunca se había quedado hasta tan tarde, que no le ha encontrado, que ha bajado hasta la cancha y ha preguntado a unos muchachos por su hija, pero nada, que ha seguido buscándole, que jamás se quedaba en ninguna parte, que como a las 04h00 a 05h00, xx le ha golpeado la puerta, que ha salido a abrir y le ha dicho que pasó si tienes llaves, que le ha indicado que no las tenía, que luego ella se ha ido a acostar al igual que su hija, que se ha levantado como a las 07h00 porque xx tenía que ir a la casa de una compañera a hacer un trabajo en grupo, que le ha dicho que ella le va a acompañar porque su hija no conocía el sur, que a

lo que se ha levantado su hija le ha visto que tenía reventado el labio y unos chupetes en el cuello, que le ha preguntado qué ha pasado, que por qué estaba así, que le ha dicho que se lo ha hecho el Tobi, que le ha preguntado por qué, si tenía su enamorado Carlos Puebla, que qué le pasaba, que no se imaginó que había abusado sexualmente de ella; que como madre ha estado desesperada, que han ido hasta la casa de la compañera, han hecho el deber, que de regreso se han quedado en la Carolina y ahí le ha insistido que le cuente, que es allí donde le había manifestado que él le abusado sexualmente, que por eso se ha desesperado y ha dicho que le iba a denunciar; que como a las 19h30 ha llegado este señor con una cerveza en la mano, que su hija pequeña le ha dicho mami ahí está el Tobi, que al salir ella se ha escondido y cuando él se ha acercado a la puerta le ha avanzado a coger del cuello, que le ha reclamado por lo que le ha hecho eso a xx, que le ha pedido a su hija pequeña que llame a la Policía por haberle violado a su hija, que este señor ha salido corriendo; que en la noche le ha comentado a su hermana lo que había pasado, que entonces se han ido a la Policía Judicial a denunciar y ha tenido que seguir el procedimiento para llegar hasta ahora. Que su hija le ha contado que cuando ella ha estado en el parque se ha encontrado con Tobi, Quique y el Oso, que ha dicho que ha estado conversando un rato con ellos, que se han puesto a tomar cerveza y le han brindado, que a uno de ellos, el Oso, le ha pedido que luego de un ratito le vaya a dejar a la casa, que él le ha dicho que ya se quería ir, que entonces Tobi ha dicho que no importa que él le iba a acompañar a la casa que se vaya no más, que en el trayecto que le ha ido acompañando a la casa debían ir por la vía principal, pero que él se ha ido por la parte de atrás donde existía un terreno baldío, que la casa estaba a unos treinta pasos, que en lugar de llevar a la casa a su hija, éste le ha metido al terreno baldío, que es así que abusa sexualmente de ella, que cuando se ha despertado, ella ha estado desnuda de la cintura para abajo, y él –refiriéndose al acusado– ha estado encima de su hija, que cuando se ha despertado ella le ha preguntado el por qué le ha hecho eso, que le ha respondido “porque que la amaba”, que ella le ha respondido que cómo podría decir eso si era el mejor amigo de Carlos, su enamorado, que ha dicho que lo que pasaba era que estaba enamorado de ella, que entonces ella le ha golpeado y ha salido corriendo a la casa; que podía afirmar que el barrio en el que han vivido no era peligroso, que del parque a la casa de ella no ha de haber ni una cuadra o un poco menos, que no está tan lejos, que por la calle donde le ha llevado ha sido obscura, y que su hija si le ha contado que ha perdido el conocimiento, que no recordaba nada del hecho sino hasta despertar y encontrarse a Tobi encima de ella. **3.1.2** El testimonio propio de la Dra. Neila Cecilia Rivera Ávila, Perita Médica Legista de la Policía Judicial de Pichincha, quien luego de rendir el juramento de ley indicó, que el día 08 de marzo del 2010, a las 14h00, ha practicado un examen médico legal ginecológico, a xx, que la examinada había acudido en compañía; que había referido agresión física, psicológica y sexual por parte de un amigo, que respecto

a los hechos le había indicado que ese día ha salido de un programa en la escuela de su hermana, que se había encontrado en el parque con unos amigos ingiriendo licor, que le habían dado a beber del mismo, que luego había perdido el conocimiento hasta que se ha despertado desnuda y con dolor en sus partes íntimas; que en el examen físico ha encontrado: a nivel extra genital, mucosa labio inferior, una laceración de ½ centímetro de extensión, en cara anterior del cuello varias equimosis de ½ centímetro de diámetro a otra mayor de 1 ½ por 3 cm., que a nivel de la región glútea, en el cuadrante superior externo varias escoriaciones lineales, a nivel de región genital vulva manchada con sangre; que presentaba himen anular dilatado y con dos desgarros incompletos recientes, sangrantes, localizados a las 5 y a las 6 si comparamos a dicha región con las manecillas del reloj; que la región anal se había presentado de características normales, que ha tomado muestras de hisopos para investigación de espermatozoides; que ha concluido diciendo que la reconocida era una persona menor de edad, de 16 años, que las lesiones descritas a nivel extra genital eran producto de la acción traumática de un agente contundente, a la acción deslizante de un objeto con bordes aristados y a la succión de los labios humanos sobre la piel; que las lesiones descritas a nivel del himen pueden deberse al roce ficción y o fricción de un agente vulnerable por esta vía en forma reciente; que el himen pese a haber sido dilatado, esto es que tenía fibras elásticas, en una relación normal no iba a producir ningún desgarro, pero que justamente por la violencia con la que se ha actuado se ha producido este tipo de lesiones; que con respecto a las escoriaciones, en este caso, si la chica refirió que estuvo en un parque, esas escoriaciones lineales que podría haberse producido por las ramas secas; en la cara interior del cuello, las de sugilación, con relación a varias hablaríamos de más de tres; que tampoco no hay ninguna lesión como mecanismo de defensa, aclarando que cuando una persona se encontraba en estado etílico, no podrían haber huellas de defensa, porque se pierde la conciencia; que en este caso en particular, la característica principal de la violencia estaba dada por los desgarros del himen, que siendo dilatado, se encontró en la víctima, que esto normalmente no ocurría por las características anatómicas de este tipo de himen que en el protocolo entregado a la Fiscalía se encontraba registrado como presunto agresor el señor Luis Segundo González Jiménez, nombre que había indicado la examinada. **3.1.3** El testimonio propio del Dr. Ítalo Fernando Rojas Cueva, Perito Psicólogo Forense del Departamento Médico de la Policía Judicial de Pichincha, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó, que el 26 de marzo del 2010, ha practicado la valoración psicológica a la adolescente xx que como método ha utilizado el de la entrevista, que ha podido observar que la adolescente ha estado de mal humor y poco dispuesta a colaborar con la pericia; que pese a ello ha podido deducir que se trataba de un abuso sexual, porque ha hecho patente sus sentimientos de ira y dolor; que ella estaba atravesando un proceso de ansiedad y proceso depresivo, que él, como psicólogo forense y

por su experiencia, sí le creyó lo que le había manifestado, que estaba cansada de que le pregunten lo mismo, que ella no tenía por qué saber o estar simulando el dolor que estaba experimentando; que le ha manifestado que el agresor ha sido Luis González, de 21 años de edad, amigo del enamorado, que dado el estado de malestar de la víctima no ha aplicado otros test psicológicos. **3.1.4** El testimonio propio de la Sgto. Ipatia Graciela Rojas Buendía, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó que, es agente investigadora de la DINAPEN, que por delegación de la Fiscalía se ha dirigido junto con la señora denunciante hasta San Juan de Calderón, específicamente a las calles xx que en lugar ha habido un terreno baldío, que ahí había encontrado unas llaves, que según versión de la señora, madre de la víctima, habían sido de xx, de las llaves de la casa, que además había encontrado una cadena de metal amarillo, que se presumía había sido de propiedad del acusado; que el domicilio del señor Luis González ha quedado ubicado frente al parque de Calderón, y que ahí se ha encontrado las llaves y la cadena, que no ha ido acompañada de la adolescente, que del parque de San Juan de Calderón a la segunda escena no ha habido la existencia de un bosque, que los hechos han ocurrido el 6 de marzo del 2010, que ha practicado el reconocimiento el 16 de marzo del mismo año, que la escena no ha estado custodiada. **3.1.5** El testimonio de la ofendida, la adolescente xx, de 17 años de edad, nacida el 27 de febrero de 1994; a quien por ser menor de edad se le ha designado como curadora a su Psicóloga Terapeuta la Dra. Margarita Troya, quien luego de aceptar el cargo bajo juramento, se procedió a escuchar a la adolescente, quien con voz temblorosa y llanto evidente, afirmó que estaba en su casa porque su mamá tenía que irse a una reunión con su hermana, que no había querido ir, pero que le dio ganas y se fue, que fue a la escuela, que estuvo con ellas, que al estar muy aburrida ha decidido regresar a la casa; que camino a su domicilio, en el parque, se ha encontrado con amigos de este chico Tobi, que luego ha llegado él, que se han sentado en la banca del parque Luis, Enrique y Jhonny, que ellos ya habían estado bebiendo, que ellos le indujeron a tomar alcohol, que este chico Luis le ha dado de tomar, que ella le había dicho que no, así también a Jhonny, que le daba miedo porque su mamá siempre le había advertido que no acepte bebida de nadie que le pueden poner algo, que le ha pedido a Jhonny que compre una bebida para ella pero que no la destapen, que han estado conversando con Enrique sobre unos cursos de inglés, que mientras conversaba con él no se ha dado cuenta pero le ha seguido dando de beber más este chico Luis, que el hermano de Luis ha venido luego totalmente ebrio y descontrolado queriendo pegarle, que se han ido para atrás, que recordaba la imagen de cuando ha estado sentado hablando con Enrique, que luego tenía la imagen de cuando se ha corrido para esconderse, que luego de que se ha cansado de corretearle se ha sentado con Luis, que recordada lo que se han corrido y ya no guardaba la imagen de Enrique, sino de Jhonny, al que le había pedido que le vaya a dejar a la casa, que luego le había dicho “xx te vas?”, y que Luis le ha

dicho, tranquilo que él le llevaba a la casa; que se imaginaba que este chico Jhonny se ha ido, que la verdad no recuerda cómo llegó a ese lugar donde ha estado; que cuando se ha despertado este chico Luis ha estado encima de ella, que ella tenía el pantalón en los tobillos, que al despertarse ha visto su rostro, que ella se ha querido parar y ha estado como que se caía, que no se podía parar, que ha querido salir corriendo de ahí, que le había dicho que qué le había hecho, que le ha respondido que lo ha hecho porque estaba enamorado de ella. Entregó al Tribunal, una cadena que ha tenido junto con unas llaves indicando con llanto, que esa cadena no le pertenecía que era de Luis, que las llaves han sido de su casa, y que estas dos cosas había encontrado la Policía cuando han ido al lugar. **3.1.6** El testimonio propio del señor Enrique Francisco Armas López, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó que, en la tarde del 06 de marzo del 2010, ha estado jugando con el equipo del barrio denominado Deportivo San Juan, que ese día han tenido un partido de fútbol a las 16h00, que una vez terminado el partido se han puesto a tomar cerveza en la cancha, que luego se han ido al parque, que han estado con los del equipo y otras personas, que como el lugar era pequeño, han estado entra y sale; que al salir se ha encontrado con xx y se ha juntado con todos, por ser amiga de Luis y de Jhonny; que deben haber sido las 20h00 y que seguían tomando, que adentro de la cantina había estado con Enrique Gallegos, que él le ha pedido que le acompañe a ver unas amigas para ir a otro lado, que después de un rato le ha indicado que las chicas estaban en la bomba de gasolina, que les han ido siguiendo xx, Jhonny y Luis a encontrarse con las chicas y amigas de Marco, que Marco solo ha querido llevarle a él, que Luis a querido irse con ellos, que él no se quería ir porque estaba sudado, que Marco se ha ido solo y han regresado los cuatro nuevamente al parque, que ya no ha estado con el resto de los del equipo, que Luis se ha ido a fiar una botella de Zhumir y ya no han entrado a la cantina sino se han quedado tomando en la cancha de básquet, que una vez que han estado tomando y conversando se han cruzado al otro lado, que él ya ha estado un poco mareado, que Jhonny Jaramillo le ha dicho te acolito a la casa, y se han ido, que le ha preguntado qué vas a hacer y ha dicho que se regresaba al parque; que él se había quedado en la casa; que nadie le ha inducido a la menor a ingerir alcohol. **3.1.7** El testimonio propio de Jhonny Paúl Jaramillo Carvajal, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó que, en su barrio le conocen como Oso y a Enrique como Quique, que la noche del 06 de marzo del 2010, y la madrugada del 07 de marzo se ha encontrado en la cancha porque ha estado jugando su equipo que luego se han ido a una cantina junto con Luis y Enrique, que más tarde se han dirigido al parque, que ahí se han encontrado con xx, que Marco Enrique ha tenido una fiesta por lo que se iban a ir con él, que el carro tenía que encontrarles en la bomba de gasolina, que han subido con xx, Marcos Gallegos y Enrique, que al llegar el taxi, estaban todos ajustados y solamente se ha ido Marco, que los cuatro se han regresado al parque, que han fiado una botella donde la tía del

Luis, que se han puesto a tomar, que Enrique Armas se ha quedado dormido en el parque por lo que le ha ido a dejar en la casa, que se han quedado en el parque Luis y xx, que por no estar lejos ha subido nuevamente al parque a verles, que luego han comprado otra botella para los tres, que cuando se ha acabado le ha dicho que le va a dejar a la casa, que ella no ha querido, que le ha insistido pero que no quería, que los dos se han quedado en el parque, que él ya se ha ido porque xx no ha querido irse. **3.1.8** El testimonio propio de Luz Angélica Tapia Calderón, quien luego de rendir el juramento de ley manifestó que, con respecto a los hechos suscitados del 6 y 7 de marzo del 2010, que podía afirmar que a la chica le conocía desde pequeña, que siempre ha sido una niña de la casa, que lo que haya pasado esa noche desconocía. **3.1.9** Partida de nacimiento de la víctima xx nacida en Pichincha el xx, con lo cual se demuestra que a la fecha de cometimiento de la infracción tenía 16 años de edad, recién cumplidos. **3.1.10** Partida de nacimiento del acusado Luis Segundo González Jiménez, nacido en Pichincha el 26 de mayo de 1989, con lo cual se demuestra que tenía 20 años de edad. **3.2 DE LA DEFENSA.** El Dr. Juan Carlos Meneses defensor del acusado presentó: **3.2.1** El testimonio del acusado; LUIS SEGUNDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía Nro, de estado civil soltero, de instrucción secundaria, de ocupación chofer, domiciliado en San Juan de Calderón, quien luego de haber sido informado de sus derechos y garantías principalmente la de guardar silencio, de manera voluntaria indicó que, el 06 de marzo del 2010, a las 16h00 ha estado en un encuentro de fútbol, que luego se han ido al bar de su tía, a una cuadra de su casa, a tomar cervezas, que han estado con Enrique Armas y Jhonny Jaramillo, que han estado festejando el triunfo, que después de haber tomado una jaba y media de cervezas, le ha sonado el teléfono a Marco, que ha sido como las 18h30, que unas amigas le esperaban en la bomba de gasolina, que se han ido con xx, que se ha querido ir él, pero que Marco quería llevarle a Enrique, que como estaba tarde nadie se ha ido sino Marco, que junto a Enrique han regresado y se han sentado en la cancha de básquet, que se han ido donde su tía y han tomado una botella de Zhumir, que estaban ya mareados y Enrique se ha estado quedando dormido, que Jhonny se ha ido y le ha dejado en la casa a Enrique y él ha regresado, que han ido a fiar otra botella de Zhumir, que Jhonny le ha dicho a xx que le iba a ir a dejar en la casa, que ella no se había querido ir, que le insistía que vaya pero que no se quería ir, que de ahí ya no recordaba más porque estaba bien chumado; que lo que vuelve a recordar era que estaba en un terreno baldío, totalmente vestido, a unos dos metros de xx, la cual ha estado con ropa, que ella le había despertado, que ya han sido como las cinco y media de la mañana, que xx le había acusado que le ha violado, que seguramente lo había hecho porque le ha visto cerca, que no les han robado nada, que él no ha estado puesto ninguna cadena de oro, que no acostumbraba a tener eso, que era una persona sencilla, que xx le había preguntado que porqué le había violado, que él le había

respondido que no ha pasado nada, que él no le ha hecho nada; que como esto ya ha sido el domingo, se ha ido al estadio, que todos le han estado molestando que era un violador, que es cuando se ha ido a la casa de xx a arreglar el problema, que ha salido la mamá y le ha tomado del cuello, que le ha dicho a la hija pequeña que llamara a la Policía que se ha asustado y se ha ido por miedo, porque no quería que le metan en este problema, que no le ha visto a xx con moretones en el cuello porque era tarde, que no le acompañó a ella a la casa, él se ha ido caminando por la parte de atrás y ella se ha ido corriendo a la casa, que no le ha acompañado porque ella estaba histérica reclamándole que le había violado, que eso le había molestado y se había ido. **3.2.2** El testimonio propio de Luis Fidel Guachamín Cushqui, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que conocía al acusado debido a que ha trabajado en el Municipio con los grupos juveniles y las guías, que le conoció como una persona tranquila, de buena conducta, con una forma de ser muy amigable. **3.2.3** Certificados de los Juzgados de Garantías Penales de Pichincha y de los nueve Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se acredita, excepto en este Tribunal, que el acusado no tiene causa penal pendiente ni ha sido sentenciado anteriormente por ningún delito. Prueba que ha sido consignada, y al no tratarse de aquellas determinadas en el art. 76.4 de la Constitución de la República ha sido aceptada y será valorada en base a los principios de la sana crítica, conforme el art. 86 del Código de Procedimiento Penal. **4. ALEGATOS DE CLAUSURA. 4.1 FISCALÍA.** La Fiscalía a través de la Dra. Paola Córdova indicó que, en el transcurso de esta audiencia la Fiscalía ha demostrado que la noche y madrugada de los días 6 y 7 de marzo del 2010, la adolescente xx se ha encontrado en el parque de San Juan de Calderón, libando con los que ella creía eran sus amigos, entre ellos el acusado y dos amigos más, que la menor se ha sentido mareada, que ha bebido, ha perdido el conocimiento, que sus dos amigos ya se han retirado anteriormente del lugar quedándose la menor con Luis González Jiménez, que la menor ha despertado a las 05h30, sintiéndose adolorida en sus partes íntimas, que se ha demostrado la materialidad con el examen médico legal, con el testimonio de Ítalo Rojas, que presentó la valoración psicológica, que se ha llegado al acuerdo probatorio de la pericia del entorno social, que sea introducido el reconocimiento del lugar de los hechos con el testimonio de la Sgto. Segundo Ipatia Rojas, que se ha demostrado el tipo penal; que se ha demostrado la responsabilidad del señor González Jiménez con el testimonio de la víctima, de la acusadora particular, de los señores Francisco Armas, López Jhonny Paúl, que se ha probado el nexo causal con la materialidad y la responsabilidad, en el delito de violación, por lo que le acusaba de ser el responsable directo del delito tipificado en el art. 512.3 y sancionado por el art. 513 del Código Penal, porque la agresión sexual se ha dado con la fuerza a través de la violencia en contra de la víctima, que ante ello era contundente su responsabilidad penal, que el acusado ha sido quien ha ejecutado la acción que a la vez era típica y

antijurídica, así como culpable de este hecho. **4.2 ACUSACIÓN PARTICULAR.** La Abogada de la acusación particular indicó que se allanaba al debate realizado por la Fiscalía, así como de la acusación formulada por el delito de violación en contra del acusado. **4.3 DEFENSA DEL ACUSADO.** El Dr. Juan Carlos León Cortez, en representación de su defendido indicó, que si bien es cierto se ha puesto en consideración de este Tribunal este caso llamado a juicio por el tipo penal de violación, no era menos cierto que para él, se ha formulado una acusación oficial indicando que la conducta y el actuar de su defendido se encontraba enmarcada en el tipo penal del art. 512 y 513 del Código Penal; que al respecto, quería empezar señalando que el tipo penal era bien conocido por los jueces, y que exigía la violencia, amenaza o intimidación, que al respecto este tipo penal no encajaba dentro de ese numeral, ya que en la audiencia que se practica la prueba, no se había justificado absolutamente la violencia amenaza o intimidación, que más bien la perito Cecilia Rivera Ávila, ha indicado que no existían signos de defensa, que la perito referida ha indicado que no se ha realizado examen toxicológico, lo que hubiera sido importante, ya que hubiera dado claridad a los juzgadores para determinar si hubo privación de la razón por cualquier sustancia, que se ha tomado muestras de espermas y fluidos de la víctima, pero que estos resultados tampoco se habían presentado en esta audiencia de juzgamiento, que de igual forma se ha presentado el testimonio del psicólogo forense Ítalo Rojas, que ha sabido indicar a este Tribunal que solamente ha presentado una entrevista en la que se habían presentado signos de ansiedad de depresión, que a criterio de la defensa pueden haberse producido por múltiples factores y no sólo el abuso sexual; que la señora Rojas que ha practicado el reconocimiento del lugar de los hechos lo ha realizado diez días después, que la escena no ha estado custodiada y pudo haber sido contaminada, que se observaba con las fotografías del informe una cadena y unas llaves que han sido presentadas por la menor de edad, que la defensa ha indicado que no se ha dado cumplimiento con la cadena de custodia de la prueba, y al haberse inobservado la evidencia mandada a agregar al proceso carece de validez, que respecto al testimonio de la madre de la víctima, era únicamente testigo referencia, por lo que los jueces sabrán valorar en el momento oportuno este testimonio; que con respecto al testimonio de la menor de edad ofendida xx la misma ha indicado que no tenía un panorama todo claro de todo, y que tampoco recuerda cómo llegó al lugar donde estuvo, que por lo tanto los jueces también sabrán valorar en su conjunto dicho testimonio, que en cuanto ha tenido relación a los testimonios de Enrique y Jhonny han indicado que el licor que han comprado no ha sido mezclado con otra bebida, que no han puesto otra sustancia, que nadie indujo a ingerir licor a la menor, que el segundo testigo Jhonny Carvajal ha indicado que la ofendida no ha querido irse a su casa; y que lo más importante es que ninguno de los testigos ha podido presenciar el hecho de la violación; que finalmente debía señalar que si bien es cierto se ha demostrado el hecho de las lesiones

a nivel vaginal y las sugilaciones conforme al testimonio de la Perito Cecilia Rivera Ávila, lo que demuestra en todo caso la materialidad de la infracción, que su defendido ha sabido manifestar a este Tribunal de que no recordaba absolutamente nada, que si bien es cierto que en nuestro Derecho Penal, la embriaguez no agrava ni atenúa la responsabilidad, pero la doctrina y la propia ley se contradecían cuando señalaban que los actos para que una persona sea imputable deben realizarlos con conciencia y voluntad esto es una capacidad de imputabilidad, que así lo refiere Noder Agudelo, Maestro de la Universidad Externado de Colombia. Que en definitiva, no se ha justificado con suficiente prueba, la responsabilidad de su defendido, que por ello no tenían la certeza de que sea el autor de este tipo penal de violación, es decir no se ha justificado en esta audiencia una acción típica antijurídica y menos culpable, que sin embargo respetuosos de la decisión que tome el Tribunal, de ser contrario su decisión al pedido de ratificación de inocencia de su defendido, que se tome muy en cuenta las circunstancias atenuantes establecidas en el art. 29 del Código Penal, así como el hecho de que su defendido no recordaba absolutamente nada de la noche y madrugada del 6 y 7 de marzo del 2010. **5. FUNDAMENTACIÓN.** La Constitución de la República, al tratar sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos, manifiesta que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República, uno de esos derechos es el de “tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual”. Para ello, la misma Constitución obliga a establecer procedimientos expeditos para el juzgamiento y sanción, entre otros, de los delitos sexuales y los que se cometen en contra de niños, niñas o adolescentes; consecuentemente, en el paso que se juzga, el Estado ecuatoriano protege la libertad sexual de las personas, ya que la acción que ejerce el sujeto pasivo se realiza sin el consentimiento válido de la otra persona este es el bien jurídico, que para el caso de los delitos sexuales, protege el Estado al imponer sanciones a la persona que vulnera ese bien jurídico, siendo ésta más grave para el caso de víctimas adolescentes menor de 14 años de edad. El Tribunal tiene por probado, que el día 06 de marzo del 2010, desde las 22h30, hasta las 05h00, aproximadamente del día 07 de marzo del 2010, la adolescente xx de 16 años de edad, se encontró en compañía del acusado Luis Segundo González Jiménez; que junto con él y otros amigos se pasaron ingiriendo licor hasta cerca de las 02h00, del día 07 de marzo, que la bebida alcohólica que ingirió la adolescente ocasionó que su fuerza física así como su capacidad cognitiva se encontraran disminuidas notablemente, a tal punto de no recordar de qué manera había sido accedida carnalmente por el acusado. Cabe destacar, que en el presente caso no es necesario que exista prueba de alcoholemia para poder detectar el grado de alcohol que hubo en la sangre de la víctima, en vista de que tanto el acusado como la víctima, y sus amigos que rindieron testimonio propio en la audiencia, afirman

que xx había ingerido licor durante las horas indicadas up supra. El dar probado la ingesta de licor de la víctima, previo al cometimiento del ilícito, no significa que solamente la prueba de alcoholemia debe ser considerada para todos los casos como prueba plena, sino que ésta, o a falta de ésta, puede ser argumentada con prueba suficiente para afirmar que la víctima no se defendió de la agresión sexual ejecutada por el acusado, juntamente porque se encontraba privada de fuerza física para poder hacerlo, conforme así afirmó la Perita Médica Legista Dra. Neila Cecilia Rivera, al indicar que no había encontrado huellas físicas o lesiones que se puedan considerar como de defensa de la víctima, justamente porque por su experiencia, podía afirmar que esto no se evidencia en personas que han ingerido alcohol, justamente porque su capacidad física y de conciencia se disminuyen por la cantidad de alcohol ingerido y otros factores de carácter físico y psíquico de la persona. En la especie, no ha quedado duda alguna sobre la existencia material de la infracción conforme ha quedado demostrado con el testimonio de la indicada perito quien detalló cada una de las lesiones genitales y extra genitales de xx, con lo que se prueba el acceso carnal y la violencia que ejerció el acusado sobre la víctima, pues es importante destacar que ejerció tal violencia que incluso en su acceso carnal pudo desgarrar el himen dilatado, que como bien es conocido, este tipo de membrana no se desgarran, muchas veces, ni con el parto, al dar a luz, y menos con la primera relación sexual, conforme así mismo queda probado. El tipo penal por el que ha sido traído a juicio el acusado constituye el delito de violación tipificado en el art. 512 del Código Penal, que textualmente señala: “(...) 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 distinto del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: Cuando la víctima fuere menor de catorce años; cuando la persona ofendida se hallare privada en la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; y, cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación”. Es así, que a partir de la teoría del delito, que inicia por el análisis de la acción como manifestación libre de la persona, podremos afirmar si el acusado ejecutó este acto de manera libre; porque solamente los actos libres que no se encuentren viciados, son los que realmente tienen valor e interesan al juzgador para poder establecer si en estos actos no hubo ningún tipo de injerencia que pueda excluir la acción, que en este caso no se ha probado que exista fuerza física irresistible; es por ello, que de la prueba actuada podemos deducir, sin lugar a dudas, que Luis Segundo González Jiménez realizó la acción, usando la violencia, así como de hecho de que su víctima no podía oponer resistencia por el alcohol que en horas antes le había hecho ingerir junto con sus amigos, para accederle carnalmente; demostrándose así que este acto estuvo dirigido por la voluntad del acusado, no así se entiende que para violar a su víctima consideró que por su estado de embriaguez y actuó sobre seguro, pues fue él quien

se ofreció ante sus amigos el ir a dejar a casa a xx, para que se diera solo con ella y llevarle, no a su casa, sino a un terreno baldío para proceder —ya sin testigos— a abusar sexualmente de ella. Con respecto a la tipicidad, este acto ejecutado por el procesado, constituye un ilícito penal, que supone una conducta típica y además antijurídica, esto es contraria al orden jurídico establecido; de acuerdo al tipo penal, como ya se analizó en líneas precedentes, éste se encuentra determinado en el art. 512 del Código Penal, con las circunstancias de los numerales 2 y 3; por tanto, la parte objetiva del tipo penal, se cumple en la ley penal, por la determinación de la conducta -violación-, como por los elementos de la acción que se ejecutaron, y por la existencia tanto de sujeto activo Luis Segundo González Jiménez, como de sujeto pasivo del delito, xx. Respecto al tipo subjetivo, debemos partir de lo que significa el “dolo”, el Código Penal en el inciso primero del art. 14, define como: “La infracción dolosa es aquella en la que hay el designio de acusar daño”; dicho en otras palabras, es el conocimiento y voluntad de ejecutar los elementos objetivos del tipo penal, quedando claro, con el análisis realizado que el señor Luis Segundo González Jiménez, obró dolosamente, ya que conocía que al intentar contra la libertad sexual, y que para este caso, dada la edad de la víctima, esto es menor de 18 años de edad, es la indemnidad sexual, es un delito, por tanto, el acusado actuó con dolo directo porque la meta buscada era el acceso carnal justificando su acto criminal por el hecho de estar presuntamente enamorado de ella, conforme así también afirmó xx en la audiencia de juicio, que esto le había respondido el acusado cuando le reclamó, al despertarse desnuda y encontrarse con Luis González, encima de su cuerpo. La conducta llevada a cabo por el acusado es además antijurídica, ya que no se ha probado en la audiencia de juicio, que existan causas de justificación como la legítima defensa, o estado de necesidad, que prevé la norma sustantiva penal; consecuentemente, esta conducta típica y antijurídica, reúne las condiciones de atribuibilidad del hecho, por cuanto, el señor Luis Segundo González Jiménez, como ciudadano ecuatoriano, debió ajustar su conducta a lo que exige la sociedad, esto es que sea ajustada a Derecho, respetando las normas preestablecidas, por lo que contra él se ha formulado un juicio de reproche atendiendo sus capacidades individuales, ya que perfectamente comprendía y entendía lo ilícito de su accionar, pues no padecía ninguna enfermedad mental o anomalía psíquica, que pueda afectar a la culpabilidad del agente activo del delito, el acusado estuvo de que sus actos eran ilícitos, reñidos contra ley, que estaba vulnerando el derecho a la libertad e indemnidad sexual, que en este caso se hizo efectivo, por lo que es culpable de los cargos que la Fiscalía le ha formulado, quedando así probada su teoría del caso, no así la del procesado, que ha basado su defensa en el hecho de que no recordaba nada de lo ocurrido por cuanto su avanzado estado etílico no le permitía, pero que sí recordaba haber sido despertado por xx, a dos metros de distancia de ella y en el terreno baldío, cerca al parque central, quien le había reclamado el por qué le había accedido carnalmente;

reafirmando su defensa en el hecho de que ninguna persona podría decir que le ha visto accediendo carnalmente a xx; prueba, que para este tipo de delito, prácticamente no existe, en vista de que el agresor sexual busca la intimidad o la soledad para poder ejecutarlo, con la esperanza de no ser descubierto y que su delito se quede en la impunidad. El art. 42 del Código Penal, establece que “Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”; siendo así, por la conducta típica, antijurídica y culpable del acusado, hace concluir al Tribunal que el autor de este acto es Luis Segundo González Jiménez, lo que se encuentra probado en el presente caso con los distintos medios de prueba actuados e incorporados en la audiencia por la Fiscalía, que han podido enervar la presunción de inocencia garantizada en el art. 76.2 de la Constitución de la República. **6. RESOLUCIÓN.** Por las consideraciones expuestas, en mérito de la prueba aportada en la audiencia oral de juzgamiento, acogiendo parcialmente el pronunciamiento de la Dra. Paola Córdova, en representación de la Fiscalía General del Estado, quien acusó por el delito tipificado y sancionado por el art. 512 y 513; de conformidad con lo establecido en los arts. 304-A y 312 del Código Adjetivo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia, declarando la CULPABILIDAD del acusado LUIS SEGUNDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ; por ser el autor del delito de violación, tipificado en el art. 512 numerales 2) y 3) del Código Penal, y sancionado por el art. 513 ibídem. No se reconoce atenuantes a su favor, por cuanto no se ha justificado ninguna de las dispuestas en el art. 29.1 del Código Penal, y por haberse ejecutado el delito estando la víctima en estado etílico circunstancia que no le permitió resistirse al acceso carnal, para lo cual se utilizó además la violencia llegando a tal punto de lacerar el himen dilatado; el Tribunal además considera que la Fiscalía ha probado las agravantes dispuestas en el art. 30.1, numerales 1) y 9) del Código Penal, exclusivas para el caso de delitos sexuales, siendo la única atenuante de conducta posterior al acto, insuficiente para la modificación de la pena a su favor; se le impone la pena de DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR

EXTRAORDINARIA; pena privativa de la libertad que la cumplirá el sentenciado conforme al art. 77.12 de la Constitución de la República y al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en uno de los Centros de Rehabilitación Social de Varones de esta localidad, debiendo descontársele todo el tiempo que hubiere permanecido privado de su libertad por esta causa. En cumplimiento con lo dispuesto en el art. 309.5 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta las circunstancias de la infracción así como la condición laboral y económica del acusado, y al no existir tabulación alguna sobre los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, así como tampoco parámetros para su cálculo; sin embargo, la Constitución de la República establece que las víctimas tienen derecho a la reparación integral del daño causado, entre ellas la indemnización y rehabilitación, se determina como monto económico por los daños y perjuicios materiales e inmateriales subjetivos ocasionados por la infracción, la cantidad de SIETE MIL DÓLARES de los Estados Unidos de América, reparación que será pagada por el sentenciado a xx. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el art. 309.6 del Código de Procedimiento Penal, no se ha detectado una irregular actuación por parte de la Fiscal, ni del Abogado de la defensa del acusado. De conformidad con lo dispuesto en el art. 81 del Código de la Democracia, art. 64.2 de la Constitución de la República, una vez que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, ofíciase al Consejo Nacional Electoral haciéndole conocer de la pérdida de derechos políticos del sentenciado Luis Segundo González Jiménez por el tiempo de la condena.- Ofíciase al Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, haciéndole conocer de la actuación del Dr. Guillermo Solís Tacán, Juez Temporal Primero de Garantías Penales de Pichincha, quien sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva, solicitada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos, a favor de Luis González Jiménez, por presentarse ante la autoridad judicial y prohibición de salida del país, cuando este delito se trata de VIOLACIÓN, y es sancionado con pena de reclusión mayor especial de hasta 25 años, contraviniendo a expresas normas del Código de Procedimiento Penal (art. 171); y, además existían graves indicios de su responsabilidad penal; por tanto, el pedido de la Fiscalía cumplía con los requisitos del art. 167 del C.P.P. para que se ordene su prisión preventiva, vulnerando además el principio de responsabilidad dispuesto en el art. 5, 17, 22, y 25, entre otros del Código Orgánico de la Función Judicial; no observó además el principio de debida diligencia, para el caso de violencia sexual contra las mujeres, dispuesto en la Convención de Belén Do Pará; y finalmente, al haber concedido medidas alternativas a la prisión preventiva y estando el procesado en condición de libertad, debió haber precautelado la integridad de la víctima y su familia, por lo que era su deber disponer además las medidas constantes en los numerales 1), 2) y 7) del art. 160 del Código Penal, art. 167.1, inciso tercer, ibídem lo que obligó a la víctima abandonar su lugar de vivienda para su seguridad, ocasionándole revictimización, acto

prohibido por el art. 78 de la Constitución de la República. **Léase y Notifíquese.**

f) **Dra. Gladys Terán Sierra Presidenta, Dr. Carlos Mosquera Pazmiño, Dr. Gabriel Armas Pérez. Jueces Temporales.**

SEGUNDA INSTANCIA. APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Patricio Arízaga Gudiño.

PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA PICHINCHA. Quito, 19 de marzo de 2012, a las 10h10.

VISTOS: Avoca conocimiento de la presente causa, el doctor Jorge Cadena Chávez, en su calidad de Juez Encargado, en razón de la acción de personal Nro. 956-DP-DPP de 27 de febrero del 2012. En lo principal, este Tribunal de Alzada, en esta fecha, luego de haberse evacuado la audiencia oral, pública, y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 205.1, 325.1 y 345 del Código de Procedimiento Penal, procede a emitir su pronunciamiento, por escrito, sobre el recurso de apelación deducido por el acusado Luis Segundo González Jiménez de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, el 25 de noviembre del 2011, a las 16h21, dentro de la causa que por el delito de violación, se ha instaurado en su contra. Radicada la competencia en esta Sala, y por el sorteo de ley, se pronuncia al respecto considerando. **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación venido en grado. **SEGUNDO:** El presente enjuiciamiento penal, se inicia con la resolución de la instrucción fiscal realizada en la Audiencia de Formulación de Cargos, celebrada el 19 de mayo del 2011, a las 15h09, en la cual la Dra. Paola Córdova, Fiscal de Pichincha, imputa al ciudadano Luis Segundo González, por el presunto delito de violación contemplado por el artículo 512 y sancionado por el artículo 513 del Código Penal, haciendo conocer que Fiscalía tuvo conocimiento del hecho punible, por la denuncia presentada por la señora FCH, madre de la menor de edad xx, quien dice que el 06 de marzo del año 2010, la menor se encontraba en el sector de San Juan de Calderón en el parque central con unos amigos, cuando aproximadamente a las 22h30 de la noche, sus amigos le brindaron una cerveza, momento luego del cual la menor se proponía regresar a su domicilio a descansar, cuando se ofrece a acompañarle el ciudadano Luis Segundo González Jiménez, momento desde el cual la menor pierde totalmente el conocimiento, pues no recuerda hasta que se encuentra al siguiente día cuando despierta en un bosque ubicado en la calle Lisboa del sector a una cuadra y media de su domicilio y se encuentra desnuda con dolor en sus partes íntimas y a lado de ella se encuentra presente el señor Luis Segundo González Jiménez también desnudo, por lo que la menor asustada y con miedo le pregunta que por qué le había hecho eso, a lo que el ciudadano Luis Segundo González

Jiménez le contesta, que en razón de que él ama a la menor, ha abusado sexualmente de la misma. **Organizada** de tal manera la instrucción fiscal y concluida la misma, en la audiencia preparatoria del juicio, la representante de la Fiscalía, ha emitido dictamen acusatorio en contra de Luis Segundo González Jiménez, por considerarle, presunto autor del delito de violación tipificado en el artículo 512 numerales 2 y 3 y sancionado por el artículo 513 del Código Penal. **El juez a quo** en la conclusión de la etapa intermedia, el 05 de agosto del 2011, a las 17h30, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Luis Segundo González Jiménez, en calidad de autor del delito previsto en el artículo 512 numeral 2 del Código Penal. **Evacuadas** que han sido las etapas de instrucción fiscal, intermedia y la del juicio, el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, luego de la Audiencia de Juzgamiento del acusado **Luis Segundo González Jiménez** dicta sentencia condenatoria en su contra, por considerarle autor del delito de violación tipificado en el artículo 512 numerales 2) y 3) del Código Penal y sancionado por el art. 513 ibídem, imponiéndole la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA. **Inconforme** con tal resolución, el acusado, ha interpuesto el recurso de apelación que es objeto del presente análisis. **TERCERO:** Con providencia de 27 de diciembre del 2011, a las 08h57, se convocó a las partes procesales para que el día 08 de marzo del 2012, a las 08h30, tuviera lugar la audiencia pública, oral y contradictoria dentro del recurso de apelación interpuesto por el acusado Luis Segundo González Jiménez de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, el 25 de noviembre del 2011, a las 16h21. Por haber llegado el día y hora antes indicados, se constituye la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrada por los doctores: Patricio Arízaga Gudiño, Juez Presidente, Jorge Villarroel Merino, Juez Provincial, y Jorge Cadena Chávez, Juez Encargado, de manera que, una vez que se ha verificado la concurrencia de las partes convocadas, se inicia la precitada diligencia, en la que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 345 inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, **se concede la palabra al acusado Luis Segundo González Jiménez, quien a través del Ab. Gabriel Ponce Hernández, dice: 3.a)** Señores Jueces, vengo a ustedes con este recurso interpuesto de la sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, para que se revise el error cometido en la valoración y análisis por parte del tribunal, por cuanto no se puede sancionar a una persona por un delito que no ha cometido, ya que no se puede llevar más allá de la realidad un acto típico, en este caso existe, un acto ilícito, que es la comisión del delito, existe acto típico antijurídico, que debe ser sancionado por la ley, pero este hecho no puede ser más allá llevado de lo que señala la ley; **3.b)** Venimos acá es para que se valore la pena de mi defendido ya que no puede ser sancionado con una pena más allá de lo establecido en la ley, ya que si nos ponemos a valorar las pruebas lo que se cometió es el delito

de estupro, si observamos las actuaciones probatorias donde existe el examen legal se establece la materialidad de la infracción, hubo una relación sexual entre las dos personas, pero el hecho cierto es que, el examen médico no es la prueba suficiente para determinar una violación, ya que el mismo solo establece que hubo una relación sexual, es importante destacar los testimonios rendidos en los cuales indica que jamás hubo violencia, intimidación, agresión física, jamás se establece que la víctima estuvo en un estado de inconsciencia, sin haber el examen toxicológico que indique alguna sustancia que determine la pérdida de la conciencia de una persona lúcida, no se puede sacar una conclusión en base de presunciones o de testigos, en los cuales indican que no sólo el sentenciado y la supuesta víctima estaban tomando, sino muchas personas más. Todas las versiones rendidas conducen a un solo punto y objetivo, es que la víctima se acercó voluntariamente donde estaban las personas bebiendo, quienes coinciden que la chica era amiga de mi defendido y de otra persona, donde todos permanecieron mucho tiempo bebiendo, esto indica claramente que la chica estuvo voluntariamente con ellos, luego de esto se quedan los dos, mi defendido y xx, y es en el parque donde mantienen las relaciones sexuales voluntariamente, esto demuestra con los exámenes médicos, que no hubo violencia física, demostrándose solo una pasión física entre las dos personas; **3.c)** En tal virtud, lo que hubo fue el delito de estupro porque la chica es menor de edad. Los elementos de tipo no fueron demostrados como indica el Código Penal, en sus artículos pertinentes, como es el art. 304-A, que para haber una sentencia debe haber la certeza del acto, y aquí no se ha demostrado legalmente que la menor estaba privada de la conciencia y de la razón, ya que la señorita estuvo consciente y con voluntad para el acto sexual, existiendo el delito de estupro que es el que se adecúa al tipo, por lo tanto **solicito que se dicte una sentencia cambiando el tipo penal al de estupro.** En la **réplica** de defensa, insiste que no existe delito, pues hubo consentimiento en la relación sexual. **A continuación, se concede la palabra a la Dra. Paola Córdova, Fiscal de Pichincha, quien dice: 3.d)** Señores Jueces, Fiscalía demostró fehacientemente la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del sentenciado en base al art. 512 y 513 del Código de Procedimiento Penal, Fiscalía sustentó la prueba en algunos testimonios, como las del médico legista, la del doctor Ítalo Rojas Psicólogo, el testimonio de la perito que estudió el entorno social, el testimonio de la policía que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos y dos testimonios de personas que estuvieron el día de los hechos, todos estos testimonios indicaron como se cometieron los hechos que configuraron el delito de violación; **3.c)** El día de los hechos por estar compartiendo con sus amigos, no quiere decir que estaba dando el consentimiento para que abusen de su cuerpo, existió una relación sexual no consentida donde existió fuerza y violencia, se le privó de su voluntad, se demostró esto con los peritajes médico legal, donde se encuentra la presencia de que hubo fuerza y violencia en la relación sexual, además dice el peritaje lo

siguiente: (...) *el acto se realizó con fuerza y violencia*, por lo que es evidente que existe la materialidad de la infracción, entonces no se puede decir que es un delito de estupro, así mismo el psicólogo forense, indica que le dio credibilidad al relato de la menor, la cual cuenta que el agresor fue el señor Luis González, que es plenamente concordante con el peritaje del lugar de los hechos, donde además, se encontró unas llaves pertenecientes a la víctima y una cadena del hoy sentenciado. Adicionalmente, a la materialidad que ha sido demostrada, se encuentra para demostrar la responsabilidad del sentenciado los testimonios de los testigos presenciales, quienes indican que la señorita xx se encontraba bajo los efectos del alcohol, quien se encontraba en mal estado, estos testigos se retiraron el lugar quedándose el señor Luis González y xx solos, además indican que los cuatro eran amigos y no eran novios, para que se indique que fue un delito de estupro. El señor Luis González en la audiencia jamás reconoce que hubo el consentimiento de la señorita. Por lo tanto **solicito que se deseché el recurso de apelación planteado por el sentenciado**. En la **réplica**, la **fiscal insiste que se rechace el recurso de apelación y se confirme la sentencia venida en grado**. **Acto seguido, se concede la palabra a la acusadora particular FH, quien a través de su defensor la Dra. Mercy Mero**, quien relata: **3.f)** Señores jueces, lo relatado por la señora Fiscal, son los sucesos tal cual como pasaron en contra de mi defendida la señorita xx de 16 años, que el señor Luis González con conciencia y voluntad le dio de beber sustancias alcohólicas para que pierda la conciencia mi defendida y en un lugar oscuro la violó, es así que el Tribunal lo declaró culpable del delito de violación; **3.g)** Por último cabe señalar, que Fiscalía ha contribuido al esclarecimiento del delito con pruebas plenas, por tanto **solicito que se confirme en todas sus partes la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales**. **CUARTO:** El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, refiere a que en la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para que según corresponda condenarlo o absolverlo. De otra parte, el art. 252 ibídem, señala: **(Existencia del delito y culpabilidad)**. “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiese practicado en la etapa de instrucción fiscal”. En tal consecuencia, una vez revisada la sentencia se observa que durante la audiencia oral pública de juzgamiento, la Fiscalía para justificar la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad penal del acusado, han introducido lo siguiente: **PRUEBA TESTIMONIAL: 4.1 Testimonio propio de la acusadora particular FCHB** quien en lo esencial ha referido que, el día 06 de marzo del año 2010, ha acudido a la escuela de su hija x, porque era su último año y todos los padres de familia, debían hacer un programa, que a ese programa han acudido sus hijas x y x, que xx se ha quedado como hasta las 22h00, que le ha dicho que estaba cansada y quería retirarse a la casa, que

había aceptado que se fuera porque ella todavía debía entregar las cosas de las ventas para sacar los fondos para la escuela; que ha llegado a su casa como cerca de la 01h00 y su hija xx no ha estado en la casa por lo que ha salido a buscarle, que estaba preocupada porque nunca se había quedado hasta tan tarde, que no le ha encontrado, que ha bajado hasta la cancha y ha preguntado a unos muchachos por su hija, pero nada, que ha seguido buscándole sin encontrarla, que jamás se quedaba en ninguna parte, que como a las 04h00 a 05h00, xx le ha golpeado la puerta, que ha salido a abrir y le ha dicho que pasó si tienes llaves, que le ha indicado que no las tenía, que luego ella se ha ido a acostar al igual que su hija, que se ha levantado como a las 07h00 porque xx tenía que ir a la casa de una compañera a hacer un trabajo en grupo, que le ha dicho que ella le va a acompañar porque su hija no conocía el sur, que a lo que se ha levantado, su hija le ha visto que tenía reventado el labio y unos chupetes en el cuello, que le ha preguntado qué ha pasado, que porqué estaba así, que le ha dicho, que se lo ha hecho el Tobi, que le ha preguntado por qué, si tenía su enamorado Carlos Puebla, que qué le pasaba, que no se imaginó que había abusado sexualmente de ella; que como madre ha estado desesperada, que han ido hasta la casa de la compañera, han hecho el deber, que de regreso se han quedado en la Carolina, y ahí le ha insistido que le cuente, que es allí donde le había manifestado que él le había abusado sexualmente, que por eso se ha desesperado y le ha dicho que le iba a denunciar; que como a las 19h30 ha llegado este señor con una cerveza en la mano, que su hija pequeña le ha dicho mami ahí está el Tobi, que al salir ella, se ha escondido y cuando él se ha acercado a la puerta, le ha avanzado a coger del cuello, que le ha reclamado por lo que le ha hecho eso a xx, que ha pedido a su hija pequeña llame a la Policía por haber violado a su hija, que este señor ha salido corriendo; que en la noche le ha comentado a su hermana Patricia lo que le había pasado, que entonces se han ido a la Policía Judicial a denunciar y ha tenido que seguir el procedimiento para llegar hasta este punto (...); **4.1.2 Testimonio propio de la perito médico, Dra. Neila Cecilia Rivera Ávila**, quien ha señalado en lo principal que, el día 08 de marzo del 2010, a las 14h00, ha practicado un examen médico legal ginecológico, a xx, que la examinada había acudido en compañía con su madre, y que había referido agresión física, psicológica y sexual (...). Que en el examen físico ha encontrado, a nivel extra genital, mucosa labio inferior, una laceración de medio centímetro de extensión, en cara anterior del cuello varias equimosis de medio centímetro de diámetro, a otra mayor de uno y medio por tres cm., que a nivel de la región glútea, en el cuadrante superior externo varias escoriaciones lineales, a nivel de región genital tenía la vulva manchada con sangre; que presentaba himen anular dilatado y con dos desgarros incompletos recientes, sangrantes, localizados a las cinco y a las seis, comparada dicha región con las manecillas del reloj; que la región anal presentaba características normales, que ha tomado muestras de hisopos para investigación de espermatozoides. Concluye

diciendo que la examinada era una persona menor de edad, de 16 años, que las lesiones descritas a nivel extra genital eran producto de la acción traumática de un agente contundente, a la acción deslizando de un objeto con bordes aristados y a la succión de los labios humanos sobre la piel; que las lesiones descritas a nivel del himen, pueden deberse al roce fricción y o fricción de un agente vulnerable por esta vía en forma reciente; que el himen pese a haber sido dilatado, tenía fibras elásticas, en una relación normal no iba a producir ningún desgarramiento, pero que justamente por la violencia con la que se ha actuado se ha producido este tipo de lesiones (...); **4.1.3 Testimonio propio del Dr. Ítalo Rojas Cueva**, quien en lo medular, ha referido que en su calidad de Perito Psicológico, practicó la valoración psicológica a la adolescente xx utilizando el método de la entrevista y que ha encontrado que la menor estaba de mal humor y pese a eso ha deducido que se trataba de un abuso sexual, manifestándole la menor que el agresor ha sido Luis González; **4.1.4 Testimonio propio de la Sgta. de Policía Ipatia Graciela Rojas Buendía**, quien dice ser agente investigadora de la DINAPEN, que por delegación de la Fiscalía practicó en compañía de la denunciante Fanny Hurtado, el reconocimiento del lugar de los hechos, el 16 de marzo del 2010, en el sector de San Juan de Calderón, en las calles xx que en el lugar ha habido un terreno baldío, que encontró unas llaves de propiedad de la menor xx y una cadena de metal amarillo, posiblemente de propiedad del acusado y que el domicilio de éste ha quedado ubicado frente al parque de Calderón; **4.1.5 Testimonio propio de la ofendida la adolescente xx** quien en compañía de su Curadora, en lo esencial, ha expresado que estaba en su casa porque su mamá tenía que irse a una reunión con su hermana, que no había querido ir, pero que le dio ganas y se fue a la escuela, que estuvo con su madre, que al estar muy aburrida, ha decidido regresar a la casa, que camino a su domicilio, en el parque, se ha encontrado con amigos de este chico Tobi, que luego ha llegado él, que se han sentado en la banca del parque Luis, Enrique y Jhonny, que ellos ya habían estado bebiendo, que ellos le indujeron a tomar alcohol, que este chico Luis le ha dado de tomar, que ella le había dicho que no (...). Que a Jhonny, le había pedido que le vaya a dejar a la casa, que luego le había dicho “¿xx te vas?”, y que Luis le ha dicho, tranquilo que él le llevaba a la casa; que se imaginaba que este chico Jhonny se ha ido, que la verdad no recuerda cómo llegó a ese lugar donde ha estado; que cuando se ha despertado este chico Luis ha estado encima de ella, que ella tenía el pantalón en los tobillos, que al despertarse ha visto su rostro, que ella se ha querido parar y ha estado como que se caía, que no se podía parar, que ha querido salir corriendo de ahí, que le había dicho que qué le había hecho, que le ha respondido que lo ha hecho porque estaba enamorado de ella (...); **4.1.6 Testimonio propio de Enrique Francisco Armas López**, quien en lo fundamental, ha mencionado que en la tarde del 06 de marzo del 2010, ha estado jugando con el equipo del barrio denominado Deportivo San Juan, que ese día han tenido un partido de fútbol a las 16h00, que una vez

terminado el partido se han puesto a tomar cerveza en la cancha, que luego se han ido al parque, que han estado con los del equipo y otras personas, que como el lugar era pequeño, han estado entra y sale; que al salir se ha encontrado con xx y se ha juntado con todos, por ser amiga de Luis y de Jhonny, que deben haber sido las 20h00 y que seguían tomando (...). Que Luis se ha ido a fiar una botella de Zhumir y ya no han entrado a la cantina, sino se han quedado tomando y conversando se han cruzado al otro lado, que él ya ha estado un poco mareado, que Jhonny Jaramillo le ha dicho “te acolito a la casa”, y se han ido, que le ha preguntado qué vas a hacer y ha dicho que se regresaba al parque; que él se había quedado en la casa, que nadie le ha inducido a la menor a ingerir alcohol; **4.1.7 Testimonio propio de Jhonny Paúl Jaramillo Carvajal**, quien dice que, en su barrio le conocen como Oso y a Enrique como Quique, que la noche del 06 de marzo del 2010, y la madrugada del 07 de marzo se ha encontrado en la cancha porque ha estado jugando su equipo, que luego se han ido a una cantina junto con Luis y Enrique, que más tarde se han dirigido al parque, que ahí se han encontrado con xx, que Marco Enrique ha tenido una fiesta por lo que se iban a ir con él, que el carro tenía que encontrarles en la bomba de gasolina, que han subido con xx, Marcos Gallegos y Enrique, que al subir al taxi, estaban todos ajustados y solamente se ha ido Marco, que los cuatro se han regresado al parque, que han fiado una botella donde la tía del Luis, que se han puesto a tomar, que Enrique Armas se ha quedado dormido en el parque por lo que le ha ido a dejar en la casa, que se han quedado en el parque Luis y xx, que por no estar lejos ha subido nuevamente al parque a verles, que luego han comprado otra botella para los tres, que cuando se ha acabado le ha dicho que le va a dejar a la casa, que ella no ha querido, que le ha insistido pero que no quería irse, que los dos se han quedado en el parque, que él ya se ha ido porque xx no ha querido irse; **4.1.8 Testimonio propio de Luz Angélica Tapia Calderón**, quien ha referido conocer a la ofendida desde niña. **PRUEBA TESTIMONIAL: 4.2** Partida de nacimiento de la menor xx, que a la fecha de la infracción frisaba la edad de 16 años; **4.2.1** Partida de nacimiento del acusado Luis Segundo González Jiménez. **QUINTO:** En la audiencia de juzgamiento, ha comparecido a rendir su testimonio el acusado **LUIS SEGUNDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ**, quien ha lo medular, ha referido que, el 06 de marzo del 2010, a las 16h00, ha estado en un encuentro de fútbol, que luego se han ido al bar de su tía, a una cuadra de su casa, a tomar cervezas, que han estado con Enrique Armas y Jhonny Jaramillo, que han estado festejando el triunfo, que después de haber tomado una jaba y media de cervezas, le ha sonado el teléfono a Marco, que ha sido como las 18h30, que unas amigas le esperaban en la bomba de gasolina, que se han ido con xx, que se ha querido ir él, pero que Marco quería llevarle a Enrique, que como estaba tarde nadie se ha ido sino Marco, que junto a Enrique han regresado y se han sentado en la cancha de básquet, que se han ido donde su tía y han tomado una botella de Zhumir, que estaban ya mareados y

Enrique se ha estado quedando dormido, que Jhonny se ha ido y le ha dejado en la casa a Enrique y él ha regresado, que han ido a fiar otra botella de Zhumir, que Jhonny le ha dicho a xx que le iba a ir a dejar en la casa, que ella no se había querido ir, que le insistía que vaya pero que no se quería ir, que de ahí ya no recordaba más porque estaba bien chumado; que lo que vuelve a recordar era que estaba en un terreno baldío, totalmente vestido, a unos dos metros de xx, la cual ha estado con ropa, que ella le había despertado, que ya han sido como las cinco y media de la mañana, que xx le había acusado que le ha violado, que seguramente lo había hecho porque le ha visto cerca (...). La defensa del acusado, ha introducido a la audiencia la siguiente prueba: **PRUEBA TESTIMONIAL: 5.1. Testimonio propio de Luis Fidel Guachamín Cushqui**, quien ha mencionado conocer al acusado como una persona de buena conducta; **PRUEBA DOCUMENTAL: 5.2.** Certificaciones de antecedentes penales otorgados por los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, mediante los cuales acreditan que el acusado Luis Segundo González Jiménez no ha recibido sentencia condenatoria alguna. **SEXTO: La Constitución de la República** en su **artículo 66** refiere a los derechos de libertad, en el **numeral 3** dice: “El derecho a la integridad personal incluye: a) La integridad física, moral y sexual (...); 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras (...)”. **Nuestro Sistema Penal**, en el Capítulo II, habla **DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, DE LA VIOLACIÓN Y DEL ESTUPRO**, y el delito de **VIOLACIÓN** acusado por la fiscalía, se enmarca dentro de ese grupo penal, en el artículo reformado 512 numerales 2) y 3) del Código Sustantivo Penal, que a su letra dicen: **Art. 512. Violación:** *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 distinto del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: (...) 2o.- 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; 3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación*; y, así mismo, el artículo 513, determina que: “**Pena de violación:** *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 numerales 2 y 3 del mismo artículo.* **SÉPTIMO:** De las normas enunciadas y revisado que ha sido el expediente penal del tratamiento, en forma exhaustiva y minuciosa, a más de los argumentos esgrimidos por los sujetos procesales, en la audiencia oral desarrollada en la sustanciación de esta causa, este Tribunal de Alzada, concluye, que la **existencia material de la infracción** se encuentra justificada con los testimonios rendidos por la doctora Neila Cecilia Rivera Ávila, perito médico legal, quien determinó la existencia de lesiones genitales y extra genitales en la menor examinada

xx; testimonio del Dr. Ítalo Fernando Rojas Cueva, perito psicológico, quien en su experticia dedujo un abuso sexual en la examinada xx; y, el testimonio de la Sgto. Ipatia Rojas Buendía, quien practicó el reconocimiento del lugar, donde se produjeron los hechos. **En lo inherente a la responsabilidad del acusado**, tenemos los testimonios rendidos por la ofendida la menor xx, quien por sus relatos afirma haber sido abusada sexualmente por el acusado; testimonio de la acusadora particular FCHB, quien como madre de la menor ofendida supo del abuso sexual en que fuera víctima su hija; testimonios de Enrique Francisco Armas López y Jhonny Paúl Jaramillo Carvajal, quienes antes del suceso fáctico, estuvieron libando con sus amigos, entre los que se encontraban la ofendida xx y el acusado Luis Segundo González Jiménez; y la partida de nacimiento de la menor ofendida, quien a la fecha del cometimiento de la infracción, frisaba la edad de 16 años. Por otro lado, el acusado **Luis Segundo González Jiménez**, ha negado su participación en el delito acusado; empero, no ha podido introducir prueba de descargo suficiente que contradiga a la prueba de cargo presentada en la Audiencia de Juicio por la Fiscalía y la acusación particular, únicamente ha presentado el testimonio de Luis Fidel Guachamín Cushqui, quien ha mencionado que por conocer al acusado, éste goza de buena conducta; y, sendos certificados de antecedentes penales. **OCTAVO:** Del análisis del expediente penal del tratamiento y de las pruebas introducidas en la audiencia de juzgamiento, este Tribunal Superior, estima con claridad meridiana, que se ha configurado el delito de violación que prescribe el artículo 512 numerales 2o. y 3o. del Código Penal y sancionado por el art. 513 *Ibidem*, y que el responsable del mismo es el acusado, puesto que en el día, lugar y hora en que se produjeron los hechos, **Luis Segundo González Jiménez**, con voluntad y conciencia, aprovechándose de que se hallaban solos, él y la menor xx y que ésta, se encontraba disminuida su capacidad cognitiva por el hecho de haber ingerido alcohol, actuó sobre seguro, sometiendo en forma violenta a la menor para violarle, abusando por ende sexualmente. Además, se considera que las normas citadas, en el caso presente y por la naturaleza del delito, ha sido aplicada con certeza por el Tribunal a quo. En tal virtud y sin necesidad de otras disquisiciones, la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha **HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en forma motivada y razonada, en observancia de las normas constitucionales y legales, **RESUELVE desear el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado; puesto que, los elementos constitutivos de la materialidad de la infracción, cuanto la responsabilidad del sentenciado han sido debidamente establecidos a través de la prueba incorporada en el juicio correspondiente. No se puede aceptar por parte de esta Sala, la alegación del Abogado del sentenciado, en cuanto a que no se trata de un delito de violación sino de estupro, puesto que no existen los elementos probatorios que**

determinen que entre la víctima y el acusado haya habido una relación de novios o enamorados y tampoco, la seducción o el engaño necesarios para ese tipo penal. Como de autos no aparece que el procesado Luis Segundo González Jiménez venga cumpliendo con la obligación de presentarse periódicamente en el órgano judicial competente, en la forma ordenada por el Juez Primero de Garantías Penales de Pichincha, en auto dictado el 05 de agosto del 2011, a las 17h30; en tal consecuencia, conforme manda el art. 171 inciso sexto del Código Adjetivo Penal, **se revoca la medida sustitutiva de la prisión, por incumplimiento y por no haberse respetado el mandato judicial prescrito en el art. 160 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal, en tal consecuencia se ordena la prisión preventiva del acusado Luis Segundo González Jiménez, a cuyo efecto oficiase al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha; quien una vez efectivizada tal orden pondrá al detenido a órdenes del Tribunal competente.** En la forma que prescriben los art. 82 y 172 inciso segundo de la Constitución de la República en vigencia, que garantiza la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que el Secretario Relator de la Sala, remita inmediatamente el expediente penal al Tribunal de origen para los fines de ley.- **Notifíquese.**

f) Dr. Patricio Arízaga Gudiño Juez Presidente, Dr. Jorge H. Villarroel Merino Juez Provincial, Dr. Jorge Cadena Chávez, Juez Provincial (E).

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 02 de agosto de 2013. Las 09h30.

VISTOS: (365-2012) En virtud del sorteo realizado, corresponde al doctor Merck Benavides Benalcázar, como Juez Nacional Ponente, doctora Ximena Vintimilla Moscoso y doctor Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales, integrantes de este Tribunal, conocer la causa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 141 y 183 del Código Orgánico de la Función Judicial; por tanto, encontrándose la causa en estado de resolver, se considera: **PRIMERO: 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 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas, conforme lo dispone el Art. 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los Arts. 184.1, 76.7.k) de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art.

349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Por lo expuesto, y de acuerdo al Art. 5 de la Resolución Nro. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia, continuamos con el conocimiento de la presente causa los suscritos jueces y jueza. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.** El recurso de casación, ha sido tramitado conforme al Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, y lo dispuesto en el Art. 76.3 de la Constitución de la República, por lo que se declara la validez de todo lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.** De la sentencia recurrida, consta que el presente enjuiciamiento penal, se inicia con la resolución de instrucción fiscal, dentro de la audiencia de formulación de cargos, en la cual la doctora Paola Córdova, Fiscal de Pichincha, imputa a Luis Segundo González, por el presunto delito de violación, tipificado en el Art. 512 y sancionado en el 513 del Código Penal, toda vez que, por denuncia presentada por FCH, madre de la menor ofendida, ha conocido que el 6 de marzo de 2010, la menor se ha encontrado en el sector de San Juan de Calderón, en el parque central, con unos amigos, y aproximadamente a las 22h30, sus amigos le han brindado una cerveza, luego de lo cual, al pretender regresar a su domicilio, Luis Segundo González Jiménez, se ha ofrecido acompañarle, momento en que la menor pierde el conocimiento hasta el siguiente día en que se encuentra desnuda, con dolor en sus partes íntimas y al lado de ella, Luis Segundo González Jiménez, también desnudo, en un bosque, ubicado en el calle x, a una cuadra y media de su domicilio, preguntándole por qué había hecho eso, a lo que responde porque la ama; por tal motivo, el Juez de Garantías Penales, en la conclusión de la etapa intermedia, dicta auto de llamamiento a juicio contra Luis Segundo González Jiménez, por considerarlo presunto autor del delito de violación sexual, tipificado en el Art. 512.2 del Código Penal; por su parte, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en sentencia de 25 de noviembre de 2011, a las 16h21, declara la culpabilidad de Luis Segundo González Jiménez, por ser autor, del delito de violación tipificado en el Art. 512, numerales 2 y 3 del Código Penal, y sancionado en el Art. 513 ibídem, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión; además, conforme a la Constitución de la República, al pago de siete mil dólares de los Estados Unidos de América, a la menor ofendida, por concepto de daños y perjuicios materiales e inmateriales subjetivos, ocasionados por la infracción; de la cual, el sentenciado ha interpuesto recurso de apelación y la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 19 de marzo de 2012, a las 10h10, desecha el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado; por lo que, el sentenciado Luis Segundo González Jiménez, ha deducido recurso de casación. **CUARTO: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.** Según lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 345 ibídem, los concurrentes expresan: **4.1. Del recurrente Luis Segundo González Jiménez.** El doctor Julio César Sarango, a nombre de Luis Segundo González Jiménez,

dice que interpone el recurso basado en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por errónea interpretación al Art. 512, numeral 2 y 3 y Art. 513 del Código Penal; se basa en que la Fiscalía en su teoría del caso ha narrado cómo supuestamente han sucedido los hechos; que la acusadora particular, ha manifestado que a la menor la llevaron al bosque y al amanecer llega a su casa ensangrentada; que la fiscal tiene una teoría y la acusadora particular otra; que la menor al ir donde una compañera para hacer un deber, ésta le dice por qué está colorado el cuello (con chupones), respondiendo que la ha violado el Tobi, esto es, su defendido; que ese día, la menor se encontraba tomando con varios amigos conforme algunos testimonios; que la teoría del caso dice que se encuentran en un terreno baldío, no es un bosque; que la chica ha llegado voluntariamente al parque y su defendido no estaba en el lugar, que llegó después; que su defendido jamás actuó sobre seguro, que es un análisis totalmente subjetivo; tampoco utilizó violencia, ni abusó sexualmente; que estaba tomando como los demás; que no es superhombre para tomar tres botellas de licor y 18 cervezas y seguir sobrio para aprovecharse de la señorita; que la Fiscalía no hizo las investigaciones exhaustivas, se extrajo el hisopado vaginal, pero no se realizó el peritaje para comprobar si el semen correspondía a su defendido; que la única prueba que los jueces toman es el testimonio de xx, que dice que su defendido estaba sobre ella; análisis que viola el Art. 4 del Código Penal, ya que en materia penal debe interpretarse restrictivamente, aplicando el principio indubio pro reo; se viola el Art. 76.5 de la Constitución de la República; igualmente se atenta contra el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal y también al principio de tutela efectiva del Art. 75 de la Constitución de la República, así como el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; que la sentencia de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia, no está motivada; que la motivación es el requisito indispensable para que el acusado esté satisfecho con un fallo; se ha atentado contra el debido proceso, que es una garantía constitucional; que si bien existen pericias como el informe médico legal, esto no quiere decir que su defendido sea el responsable de la infracción; que la responsabilidad no está comprobada conforme al Art. 252 del Código de Procedimiento Penal; que hay duda en el cometimiento de la infracción; por lo que solicita se revise la sentencia emitida por la Corte Provincial y se case la sentencia, declarando la inocencia de su defendido. **4.2. Contestación de la Fiscalía General del Estado.** El doctor José García Falconí, delegado del Fiscal General del Estado, dice que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desecha el recurso de apelación interpuesto y confirma en todas sus partes la sentencia recurrida, de tal manera, que hay dos sentencias condenatorias conformes, de la cual, se interpone recurso de casación; que éste es un recurso técnico y extraordinario, porque conoce los errores de derecho, no analiza situaciones de hecho; se refiere a la confrontación jurídica entre la sentencia y la ley, a fin de analizar si en la sentencia se violó la ley, por contravención expresa de su

texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación; de tal modo, que es obligación del casacionista señalar que artículo de la ley se violó y cuando hay varios numerales debe señalarse cuál de ellos se violó, cómo se violó e influyó en la sentencia; que no se puede volver a valorar la prueba, éste no es un recurso de tercera instancia; que el Art. 4 del Código Penal, alegado por el abogado del recurrente, refiere a la interpretación de ley, no a la duda de la responsabilidad del acusado; por lo que, no es procedente la fundamentación de esta disposición ni la del Art. 76.5 de la Constitución; no se establece sanciones diferentes para el mismo hecho; no encuentra que dos leyes estuvieren en contradicción para que en caso de duda se aplique la más favorable al reo; que se ha dicho que la parte acusada estaba en estado de embriaguez, lo cual no exime ni atenúa la responsabilidad; que en ciertas circunstancias lo agrava; que el delito de violación es el más grave de los sexuales, no solo atenta a la libertad sexual sino también al pudor de la víctima, a su seguridad, tranquilidad e integridad física y moral; rompe la garantía del interés superior de niños, niñas y adolescentes, conforme los Arts. 37, 44, 45 y 78 de la Constitución de la República, y Art. 11 del Código de la Niñez; que el Derecho Penal, tiene dos caras, por un lado, protege los derechos del acusado y por otro, los de la víctima; que la finalidad de la nueva justicia es buscar la paz social; en tal virtud, solicita se deseche el recurso de casación porque no se ha fundamentado. **4.3. Contestación de la acusación particular.** El doctor Cristian Fabián Zambrano Ruilova a nombre de FCH, acusadora particular, dice que no se sabe si es recurso de revisión o casación, ya que el recurrente solicita implícitamente se analice los hechos, confundiendo esta audiencia con la de juicio; no se ha precisado cuáles han sido las violaciones a la ley; inicialmente ha indicado errónea interpretación de la ley, pero no ha dicho cuál es aquella y cuál es la que debía darse a un determinado precepto legal; que en el presente caso, no se ha justificado el error de derecho en la sentencia, que se ha pretendido el que se valore nuevamente la prueba; que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y que Luis González, es responsable de la infracción tipificada en el Art. 512, numerales 2 y 3 del Código Penal, y que el consentimiento en este delito es irrelevante; por lo que, solicita que el recurso de casación interpuesto sea rechazado. **QUINTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. 5.1. Del recurso de casación.** Al recurso de casación se lo considera como extraordinario, limitado y excepcional, por cuanto, no es una instancia más del proceso, sino que obedece a circunstancias particulares, concretas y eminentemente jurídicas, tomando en consideración que el objeto de éste es buscar la correcta aplicación de la ley en sentencia, es decir, propende a la relación armónica entre la existencia del derecho y su aplicación para la normal convivencia y paz social de la colectividad. La casación es un recurso limitado, por cuanto no se pronuncia sobre los hechos del proceso sino exclusivamente sobre el Derecho; en otras palabras, busca la correcta aplicación de la ley, y no en

todo el proceso sino exclusivamente en la sentencia que es objeto de la impugnación, lo cual nos contrae a aclarar, que antes de las reformas al Código de Procedimiento Penal, de 24 de marzo de 2009, las sentencias objeto del recurso eran las emitidas por los tribunales penales y a partir de esa fecha, las dictadas por las salas de lo penal de las Cortes Provinciales de Justicia del país, esto se desprende del texto del Art. 349 del Código Adjetivo Penal, que dice, que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; por ello se dice también que la casación no es más que un enfrentamiento entre la norma jurídica y la sentencia impugnada; es un juicio valorativo propiamente dicho que se hace a la sentencia recurrida. Esto deviene también a que la casación es un recurso excepcional, por cuanto según nuestro ordenamiento jurídico procede únicamente por las causales taxativamente señaladas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, por haber hecho una falsa aplicación de ella, o interpretado erróneamente, lo cual, no deja abierta la posibilidad de que los sujetos procesales interesados en hacer uso de este medio de impugnación, invente o proponga una causa diferente a las establecidas en la ley, según su conveniencia o interés, tanto más que, desembocaría al libre arbitrio de las partes procesales apareciendo un sin fin de causales, generando inseguridad jurídica y contraviniendo al principio de legalidad, previstos en los Arts. 82 y 76.3 de la Constitución de la República. “La casación es un recurso o medio de impugnación que se concede a las partes para quienes resulte gravosa una resolución impugnada por este medio”. FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, pág. 354. Por lo indicado anteriormente, el juzgador debe tener capacidad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas para cada caso concreto, y para ello, debe realizar un razonamiento lógico - jurídico, basado en la experiencia y conocimiento de la ciencia jurídica, y así, garantizar el principio de legalidad, previsto en la Constitución de la República. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado se han violado dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador competente, siendo importante que los recurrentes argumenten jurídicamente cuáles normas jurídicas se han vulnerado en el caso concreto, y la forma cómo ha influido en la decisión de la causa; para ello, esta violación debe ser, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la vulneración al precepto legal haya sido dada en sentencia, por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación. Con respecto a la prueba, ésta se desarrolla en la audiencia de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, en virtud de los principios de concentración, inmediación, dispositivo, eficiencia, eficacia y contradicción, donde deben probarse los actos planteados por los sujetos procesales; precisamente éste es uno de los entes jurisdiccionales - en los delitos de acción pública - facultado para valorar la prueba, conforme a los medios probatorios, presentados por los sujetos procesales, dejando como materia para la

casación, el análisis de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico. El fin esencial de la casación, es la defensa del Derecho Objetivo, buscando con ello el imperio de la seguridad jurídica, las garantías judiciales y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, aspectos que se encuentran regulados por los Arts. 76, 77 y 82 de la Constitución de la República, así como por los Arts. 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **5.2. Vulneraciones invocadas por los recurrentes.** La sentencia impugnada y por la cual sube en casación, es la dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 19 de marzo de 2012; por tanto, corresponde analizar, si en efecto, en dicha sentencia se ha violado o no la ley, en cualquiera de las causales previstas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, según las alegadas por el recurrente. El abogado defensor de Luis Segundo González Jiménez, ha indicado que el recurso interpone por errónea interpretación al Art. 512, numerales 2, 3 y Art. 513 del Código Penal; que se viola el Art. 4 del Código Penal, ya que en materia penal debe interpretarse restrictivamente, aplicando el principio indubio pro reo; también el Art. 76.5 de la Constitución de la República; que igualmente se atenta al Art. 15 del Código de Procedimiento Penal; al principio de tutela efectiva de los Arts. 75 de la Constitución de la República y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; que la sentencia de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia, no está motivada. Partiendo de estas alegaciones que hace el recurrente, es de aclarar que la violación a la ley, como causa de procedencia para el recurso de casación, conforme al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, puede presentarse o tener lugar de tres formas, a saber: Por contravención expresa a su texto, indebida aplicación o errónea interpretación; sin que por tanto, pueda aducirse o esgrimirse otra que no conste en la ley, per se, no ser considerada o tomada en cuenta. Se viola la ley por “contravención expresa”, cuando se hace caso omiso a sus disposiciones, o a su vez, se hace lo contrario a lo que ella prescribe; es decir, no se observa sus postulados, incumpliendo sus mandatos o prohibiciones, o en general sus principios; por ello, el nombre de esta causa “contravención expresa a su texto”, que implica obviamente contravenir, contrariar, inobservar o incumplir. Por su parte, la segunda causal por la que puede vulnerarse la ley, es “indebida aplicación”, significando, que una disposición legal determinada, puede aplicarse a un caso diferente al tratado, o en otras palabras, implica que la disposición legal se invoca y aplica a un caso que no corresponde; es decir, se aplica una ley distinta a la que corresponde, o lo que es lo mismo, se hace uso indebido de la ley, restando el objeto para el cual ha sido creada. En cambio, la tercera causal, refiere a la errónea interpretación, que quiere decir que a la norma se le da un sentido diferente al que realmente el legislador dio al momento de su creación; esto es, se le da otro significado o distinto del natural y obvio que le corresponde. Interpretar significa buscar el real alcance de la ley, confrontándole con el antecedente del caso concreto; lo que se trata es buscar su racionalidad, lo que implica entonces,

que errónea interpretación es dar un alcance diferente que no corresponde a la norma. El recurrente, ha alegado errónea interpretación al Art. 512, numerales 2 y 3 del Código Penal, que dice: "... 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:... 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". Del tipo penal transcrito, se desprende entonces que, violación no es otra cosa que la introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, vaginal o anal; o de cualquier objeto, dedos u órganos distintos al miembro viril, por vía vaginal o anal. El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, declara culpable a Luis Segundo González Jiménez, por el delito de violación sexual, tipificado en el Art. 512, numerales 2 y 3 y sancionado por el Art. 513 del Código Penal y, la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del mismo distrito, confirma la sentencia del Tribunal. "Bajo este título se agrupan los diferentes tipos penales que sancionan los comportamientos de acceder carnalmente a otra persona, realizar un acto sexual diferente al primero, ambos de forma violenta, así como el acceder o realizar un acto sexual diferente en persona puesta en incapacidad de resistir. El acceso carnal ha sido entendido como la penetración total o parcial del miembro viril en cavidad normal o anormal" (TORRES, Tópaga William, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, pág. 877). Por su parte, Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, en su obra Derecho Penal, Parte Especial, pág. 223; al respecto, dicen: "Por acceso carnal hay que entender la conjunción del miembro viril masculino a través de la vía vaginal...", aunque en líneas anteriores manifiestan: "Sujeto activo del delito en el acceso carnal y penetración bucal o anal en principio parece que sólo puede ser el varón...", circunstancias éstas que precisamente han ocurrido en el caso que nos ocupa. En el caso sub júdice, y conforme a la sentencia impugnada, aparece que la existencia de la infracción se ha justificado con el testimonio de la doctora Neila Cecilia Rivera Ávila, perito médico legal, quien ha determinado la existencia de lesiones genitales y extra genitales en la menor examinada; testimonio del doctor Ítalo Fernando Rojas Cueva, perito psicológico, quien en su experticia ha deducido abuso sexual en la menor; y, de la sargento Hipatia Rojas Buendía, quien ha practicado el reconocimiento del lugar. En lo referente a la responsabilidad de Luis Segundo González Jiménez, conforme a la misma sentencia impugnada, ha quedado establecida con los testimonios de la menor, quien ha afirmado haber sido abusada por el impugnante y de Enrique Francisco Armas López y Jhonny Paúl Jaramillo Carvajal, quienes antes del suceso fáctico, han estado libando con sus amigos, entre los cuales se han encontrado la menor ofendida y el casacionista González Jiménez; y la partida de nacimiento de la menor, prueba que

ha sido valorada por el Tribunal ad quem aplicando las reglas de la sana crítica a que hace relación el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, que a decir de Couture son las reglas del correcto entendimiento humano, valoradas en un campo lógico, jurídico y experimental en base del conocimiento. Consecuentemente, los hechos ejecutados por el impugnante, se adecuan plenamente a al delito de violación sexual, tipificado en el Art. 512.2 del Código Penal, que dice, "Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse", toda vez que, de acuerdo a la sentencia impugnada, la menor en su testimonio ha indicado que luego de haberse topado con sus amigos en el parque y al ser insinuada a ingerir licor, y luego de hacerlo al pretender regresar a su casa, ha perdido el conocimiento y se ha despertado en un bosque, desnuda con el impugnante sobre ella también desnudo; lo cual, el estado de inconciencia o sin sentido en que se ha encontrado, es lo que precisamente no le ha permitido poder defenderse; mientras que también encaja el acto del recurrente en el numeral 3, de la misma disposición legal invocada, que establece: "Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación". Al respecto, el Art. 596 del Código Penal, prescribe, "Por violencia se entiende los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas."; pues, en el caso, el hecho de aprovecharse de una persona (tanto más al tratarse de una mujer menor de edad) sin sentido, es ejercer violencia. Por tanto, al haberle sentenciado al recurrente por el delito de violación sexual, tipificado por el Art. 512, numerales 2 y 3 y sancionado por el Art. 513 del Código Penal, se observa que no se ha violado la ley por errónea interpretación, como equivocadamente ha alegado el impugnante; al contrario, la sentencia guarda coherencia, entre el hecho fáctico, la prueba y las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Respecto a la otra alegación que hace el casacionista, esto es, que se ha violado el Art. 76.5 de la Constitución de la República, que establece que en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contengan sanciones diferentes sobre un mismo hecho o en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en lo más favorable a la persona infractora, que guarda relación con el Art. 4 del Código Penal, que trata sobre la prohibición de interpretar extensivamente en materia penal y en caso de duda se interprete en sentido más favorable al reo; al respecto, es de indicar que en el presente caso no se vulneran dichas disposiciones, pues, no ha existido conflicto de leyes que contengan sanciones diferentes ni duda en cuanto a la aplicación de lo más favorable al infractor; de la sentencia impugnada, se desprende al contrario, que el Tribunal ad quem, ha llegado a establecer conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado. En cuanto a que en la sentencia recurrida se atenta contra el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal, que prescribe que las disposiciones adjetivas penales, serán interpretadas restrictivamente, es de indicar que, la interpretación restrictiva, no es otra cosa que a la norma se le debe dar el sentido natural y obvio que el legislador

dio al momento de su creación, sin que por tanto, se pretenda ir más allá o reducir su real alcance, aspectos que no se observa hayan sido alterados por el Tribunal de alzada en la sentencia. La defensa también alega que se ha atentado al principio de tutela efectiva prevista en los Arts. 75 de la Constitución de la República y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial; sobre esta impugnación, se dice que la tutela efectiva no es otra cosa que el derecho que toda persona tiene de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través del debido proceso se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, esto es, sea en calidad de ofendido o procesado; por ello es que, tutela en términos generales, es proteger, cuidar, otorgar; pues con la tutela judicial efectiva, lo que se pretende es que el Estado a través de la institución correspondiente proteja o repare el derecho lesionado. En el caso que nos corresponde, al recurrente no se le ha privado en ninguna etapa del proceso y más aún en la de impugnación, hacer uso de su legítimo derecho a la defensa, ni tampoco se le ha conculcado ningún otro; por tanto, no se han vulnerado en ninguna de las formas establecidas en la ley, las disposiciones invocadas por el casacionista. En relación a la alegación del impugnante que la sentencia de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia, no está motivada, es de indicar, que ésta cumple con los parámetros establecidos en el Art. 76.7.1 de la Constitución de la República, pues, en ella se enuncian las normas jurídicas en que se funda y la explicación de su pertinencia; por lo mismo, el recurrente según sus pretensiones ha interpuesto el presente recurso, a efecto de obtener una resolución favorable, ya que la motivación, es dar las explicaciones o justificativos necesarios del por qué de la resolución y así los sujetos procesales expresar su conformidad o inconvencimiento; por tanto la sentencia aludida, se encuentra debidamente motivada conforme a la Constitución de la República y la ley, por lo que la alegación del casacionista no procede. La casación, es el mecanismo a través del cual, los sujetos procesales tienen la posibilidad que la sentencia que ellos creen injusta o ilegal por haberse dictado en clara inobservancia o violación a la ley, sea corregida respecto a errores de derecho o in judicando, para de esta forma, garantizar la seguridad jurídica del Estado, así como la tutela judicial efectiva a favor de los usuarios de la justicia. Por ello, el recurrente, necesariamente debe establecer, de qué forma ha ocurrido la violación, esto es a través de cuál o cuáles causas descritas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ha tenido lugar la violación a la ley, porque, puede suceder que ésta tenga lugar, mediante una, dos o las tres causas, determinadas en dicha disposición, además de indicar también, la forma cómo ha influido en la decisión de la causa, parámetros éstos que no se han cumplido en el caso que nos ocupa; además, el recurrente ha pretendido que este Tribunal de Casación, vuelva a valorar la prueba, aspecto que le está vedado por disposición expresa de la parte final del artículo antes indicado. **SEXTO. RESOLUCIÓN.** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 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**, conforme lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Luis Segundo González Jiménez. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines legales pertinentes. Actúe en esta causa la doctora Silvia Jácome Jiménez, como Secretaria Relatora encargada.

f) **Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.**

ACLARACIÓN

Juicio No. 365-2012

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 29 de agosto de 2013. Las 10h00.

VISTOS: Luis Segundo González Jiménez, solicita aclaración de la sentencia dictada el 02 de agosto de 2013, a las 09h30, en los términos constantes en el escrito que antecede. Para resolver se considera: **PRIMERO.-** Con dicha petición se ha corrido trasladado, sin que ninguna de las partes haya contestado dentro del término concedido. **SEGUNDO.-** Procede la aclaración cuando la resolución fuere obscura, conforme lo prescribe el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en esta materia. **TERCERO.-** Los miembros del Tribunal no hemos utilizado frases obscuras ni indeterminadas en nuestro razonamiento y resolución, por lo tanto existe claridad en lo resuelto y dispuesto, se han tomado en consideración todos los argumentos esgrimidos en la fundamentación del recurso por el sujeto procesal y se ha motivado a cabalidad la decisión, como se desprende de la simple lectura del fallo emitido por la Sala.- En consecuencia, se niega la petición solicitada por Luis Segundo González Jiménez. **Notifíquese.**

f) **Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.**



XIV

Juicio nro. 582-2013-VR

Resolución nro. 901-2013

Juicio penal propuesto por Enrique Lothar Ranft Rivas en contra de César Augusto Vallejo Swarzenwach y Patricia Katherine Varela Campoverde por uso doloso de documento falso.

SÍNTESIS:

La acción penal se inicia por el uso doloso de un título valor que se imputa su firma de aceptación es falsificada. Se dicta auto de llamamiento a juicio plenario, el cual mereció sentencia condenatoria contra el imputado imponiendo una pena de tres años de prisión. Contra éste fallo de condena las partes interponen recurso de casación, fallo que fue desestimado por la Corte Constitucional; y, que ahora en Agosto de 2013 pasa a ser atendido, el recurso de casación por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, para ello, observa, que primeramente, los criterios contenidos en el auto de llamamiento a juicio, no fueron confirmados por la Fiscalía al mantener su acusación. El auto de llamamiento a juicio fue por uso doloso de documento falso, la acusación fiscal en el juicio fue por falsificación de firma en un documento; y, la sentencia por tratar de engañar a un socio, y a funcionarios administrativos y, por utilización dolosa de una copia de un documento falso. Para que exista el delito de falsificación, descrito y reprimido en los artículos 339 y 340 del Código Penal, es necesario que existan tres elementos a saber: a) La alteración de la verdad en un documento público o privado; b) La alteración de la verdad debe realizarse en alguna de las formas expresamente descritas por la ley; y, c) Perjuicio a terceros. Estos particulares no observó el aquo, pese a lo cual, dictó fallo de condena. Se recalca que el proceso gira en torno, a la dubitación de la firma del querellante en una fotocopia simple de una letra de cambio, la cual sirvió de soporte a los análisis periciales agregados por las partes. No se evidencian las violaciones legales reclamadas por lo cual, la Sala rechazó el recurso intentado.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SÉPTIMO DE LO PENAL DE PICHINCHA. Quito, 24 de junio del 2009. Las 15h36.

VISTOS: La presente causa se inicia mediante acta de audiencia oral de formulación de cargos, realizada en el Despacho de la Judicatura el 05 de febrero del 2009, a las 15h09. En cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones de la Ex Corte Suprema de Justicia, publicada en los Registros Oficiales nro. S-221 de 14 de noviembre del 2007, 316 de 15 de abril del 2009 y 423 ampliatoria de 11 de septiembre del 2009. La Dra. Elba Garzón Miñaca, Fiscal de Pichincha, Unidad de Delitos Misceláneos, se pronuncia: de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 del Código de Procedimiento Penal, DA INICIO CON LA INSTRUCCIÓN FISCAL y, consigna los siguientes datos: 1. Respecto al hecho denunciado comunica que ante la Fiscalía, el señor LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS presenta una denuncia en la cual dice que TELEMERC S.A. es una Compañía Anónima constituida el 29 de marzo del 2000, y que es accionista desde esa fecha hasta el 26 de marzo del 2002 como Sub-

gerente General. Que el 18 de febrero del 2004 se lleva a cabo una Junta General Extraordinaria de Accionistas, convocatoria realizada en el Diario La Hora con fecha 06 de febrero del 2004 a la cual, no se le comunicó. Que en el punto sexto de esta Convocatoria consta la capitalización de créditos de los accionistas y en el punto siete dice sobre el aumento de capital. Que en el Acta de esa junta, específicamente, en la parte referente a la capitalización de crédito de accionistas consta que la Compañía mantiene como acreedor al Lic. César Augusto Vallejo por la suma de 100 mil dólares, justificando con una letra de cambio aparejada. Que por la supuesta deuda el señor César Augusto Vallejo solicita la compensación de crédito, obligación pendiente de 70 mil dólares. Que del certificado emitido por el Registrador Mercantil del Cantón Quito, consta que la señora Patricia Varela, designada Gerente General de la Empresa el 27 de marzo del 2002 hasta la fecha, según los Estatutos de la Compañía la Gerente General es la Representante legal, judicial y extrajudicialmente. Que durante el tiempo que ha ejercido el cargo de Gerente General no ha girado letra alguna a favor del señor César Augusto Vallejo y, por tanto, solicita que se investigue por un presunto delito de falsificación y uso doloso de documentos. Por todos esos hechos, DA INICIO A LA INSTRUCCIÓN FISCAL EN CONTRA DE: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE como presuntos autores del delito de USO DOLOSO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO, tipificado y sancionado en los arts. 340 y 341 del Código Penal. No solicita ninguna medida cautelar. Escuchados los sujetos procesales e intervinientes en esta Audiencia, la suscrita Juez de Garantías Penales, en consideración a que no se encuentran reunidos los elementos de convicción que conduzcan al Juzgador a privar de la libertad a un ciudadano; esto es, NO se encuentran cumplidos los requisitos del art. 167 del Código de Procedimiento Penal, y, por cuanto la Fiscalía da inicio a la Instrucción Fiscal, con fundamento en el literal 1 del art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente...”, en orden al debido proceso, a una justicia sin dilaciones y, primordialmente al respeto a los derechos humanos, NO SE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA DE LOS PROCESADOS: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, cuyos datos personales constan incompletos en la Instrucción Fiscal que se atiende. De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 217 del Código de Procedimiento Penal, la suscrita Juez de Garantías Penales, dispone: a) Notificar a los procesados, al ofendido y a la oficina de la Defensoría Pública, b) Nombra al Dr. Luis Enrique López, Defensor de Oficio; c) Se remita copia de lo actuado a la Dra. Elba Garzón Miñaca, Fiscal de Pichincha, a fin de que continúe con la instrucción fiscal, conforme lo previsto en el art. 223 del Código de Procedimiento Penal. Con fecha 13 de mayo del 2009, a las 16h37, el Secretario del Despacho, recepta el dictamen fiscal

acusatorio presentado por la Dra. Elba Garzón Miñaca, Fiscal de Pichincha, contenido de los siguientes puntos: 1. Datos personales de los imputados. 2. La determinación de la infracción con todas sus circunstancias. 3. Elementos en que se fundamenta el dictamen. 4. Conclusiones y dictamen fiscal. Para resolver, se considera: **PRIMERO:** En mi condición de Juez Titular, soy competente para conocer y resolver la presente causa. **SEGUNDO:** En la tramitación de la causa no se han determinado vicios de procedibilidad, competencia u omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión del fallo, por tanto, se declara su validez. **TERCERO:** Del dictamen fiscal acusatorio, se extraen los siguientes datos: 1. El imputado-procesado: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. XX, de 55 años de edad, de estado civil casado, de ocupación empresario, domiciliado y residente en esta ciudad de Quito. 2. La imputada-procesada: PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía nro. XX, de 26 años de edad, domiciliada y residente en esta ciudad de Quito. **CUARTO:** De la audiencia de formulación de cargos, se establece: 1. La imputada - procesada: PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, alega: a) Que han existido violaciones respecto al debido proceso, por las siguientes consideraciones: 1. Violación al principio de reserva que garantiza la Ley de Compañías en su art. 442, informes que si bien es cierto son reservados, pueden ser dados a conocimiento de los tribunales y jueces de lo penal mas no de la Fiscalía y en materia penal no cabe interpretación extensiva sino más bien restrictiva de conformidad con el art. 4 del Código Penal, esa violación invalida y nulita lo actuado por la Fiscalía. 2. El elemento base para la supuesta falsificación y uso doloso, la copia simple de la letra de cambio ha sido obtenida con violación al art. 175 del Código de Procedimiento Civil, las compulsas de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público no hacen fe sino se dan por orden judicial y con citación o notificación a la parte contraria, consecuentemente esa obtención es completamente nula, afectada la validez del proceso y su legitimidad. 3. Que la presente acción penal se encuentra prescrita de conformidad con el art. 101 del Código Penal, se remite a los supuestos usos dolosos que se han dado a la supuesta letra de cambio falsificada, fueron ejecutados en dos fechas: refieren a las actas de las juntas extraordinarias de accionistas de la compañía TELEMERC S.A., esto es, el 18 de febrero del 2004 y el 15 de marzo del 2004 que, a la presente fecha, son 5 años tres meses; b) Que, desglosa de la siguiente manera: 1. La demostración material de la infracción obra del expediente, a fojas 184 la copia simple de una letra de cambio por 100 mil dólares, aceptada por el denunciante y acusador particular cuando fungía como Gerente General y Representante Legal de TELEMERC; copia simple que no sustenta ni presta mérito procesal, peor aún para demostrar una supuesta falsificación de dicho documento. 2. La supuesta demostración de una falsificación presunta, de la firma

constante en la letra de cambio está sustentada en un examen pericial grafotécnico referido por la Fiscal y el acusador particular, pero callaron la parte medular de las conclusiones de dicha pericia, consecuentemente, este informe pericial no es concluyente ni establece de manera fehaciente y verídica la supuesta e inexistente falsificación, incurre en un error que afecta la imparcialidad de la experticia, la toma de cuerpos de escritura de RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE, hecha el 18 julio del 2006, cuando el acusador tenía 29 años de edad, y la firma dubitada fue hecha, aproximadamente, con 5 años de anterioridad, es decir el 25 de marzo del 2002, las tomas de cuerpo de escritura fueron elaboradas por RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE con el propósito de no concordar con la que hizo 5 años atrás, razón por la cual impugnó ese informe pericial y pidió su ampliación a través de los cuerpos de escritura de firmas de RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE de los elaborados en fechas concordantes en la que él aceptó la letra de cambio cuestionada, para lo cual, incorporó 22 cheques cobrados con la firma del denunciante y pidió ampliación de ese informe pericial que no fue atendido por el Fiscal a cargo, en ese entonces, el informe pericial de elementos que establecen los numerales 3 y 5 del art. 98 del Código de Procedimiento Penal. 3. Las contradicciones que alega la Fiscal respecto de los documentos remitidos por la Superintendencia de Compañías no pueden ser apreciados al momento de resolver, por cuanto violan el principio de reserva, deviniendo en nulos e impertinentes, no aportan en nada para demostrar la supuesta falsedad y al amparo del art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, esas evidencias no tienen valor alguno y carecen de toda eficacia probatoria. 4. Respecto de los asientos contables del préstamo que dio a la Compañía TELEMERC por la suma de 100 mil dólares, son de entera responsabilidad del denunciante, por cuanto fue él, el responsable por ejercer la Representación Legal de la Compañía, en ese entonces, fue él quien manipuló la contabilidad, fue él quien aceptó la letra de cambio cuestionada previo a dejar la Gerencia General, por tanto, todas las acusaciones y alegaciones de parte de RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE en mi contra carecen de sustento jurídico y moral, nadie puede beneficiarse de su propio dolo y él fue (el acusador y denunciante) quien actuó en representación de TELEMERC, de manera negligente; c) Que no hay mérito de la acción penal por carecer de fundamentos así como por estar prescrita, no se ha probado la existencia material de la infracción, la pericia es incompleta y parcializada, el dictamen es abstruso, si se imputan a dos personas debió individualizarse a cada una de ellas en su acusación y, el aumento de capital fue efectuado en legal y debida forma sin que la Gerente General haya tenido participación que ser simple Secretaria de la juntas de accionistas y ejecutar lo dispuesto y resuelto por los Accionistas; d) Solicita se dicte sobreseimiento definitivo de su persona, en la presente causa, así como del proceso. 2. El imputado-procesado: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, alega: a) Que el procedimiento desde su inicio acarrea vicios de

nulidad que han incidido, de manera directa, en la procedibilidad así como con las cuestiones prejudiciales y competencia; b) Que el Ministerio Público al aceptar a trámite la denuncia por el presunto uso y falsificación de la firma y rúbrica constante en la letra de cambio, inobservó lo previsto en normas expresas referentes a la prejudicialidad, ya que al momento de resolver el inicio de instrucción fiscal y en el dictamen acusatorio asume que existe simplemente la presunción de falsedad de documento y utilización dolosa de él, olvidándose de asegurar y comprobar materialmente el primer delito, esto es, la falsificación del documento privado letra de cambio, para luego establecer responsabilidad penal en los imputados, acarrea no solo la nulidad del proceso sino que incide también en la falta de competencia de la Juez; c) Que el dictamen fiscal acusatorio se fundamenta en supuestos de falsificación o falsedad de documento, toma como base la conclusión del perito, elabora la pericia documentológica omitiendo, deliberadamente, la precisión técnica, no es posible concluir de manera incuestionable que su autoría (la Firma) corresponda al ciudadano RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE; d) Que es el propio Perito, quien, manifiesta que no se puede aseverar que la firma le corresponda o no al acusador particular RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE, y por elemental conclusión no existe documento alguno o manifestación escrita que diga que la letra de cambio aceptada por RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE a su favor, por la cantidad de 100 mil dólares sea falsa; e) Que la denuncia se basa, de manera preponderante y exclusiva, en el uso de la letra de cambio para un acto societario de aumento de capital, que el denunciante y acusador particular pretende impugnar de manera extemporánea, agotando más de un recurso ante la Superintendencia de Compañías, ha presentado 3 denuncias que han sido desechadas por el Organismo de Control Societario; f) Que un hecho si es real, que es acreedor de la Empresa TELEMERC en la suma de 70 mil dólares americanos, en razón de un aumento de capital por compensación de créditos tomando como base la letra de cambio aceptada por el señor RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE, a esa época de giramiento de la letra, Gerente General de la Empresa y, tan cierto es eso, que es el propio acusador particular quien expresamente solicita, por escrito, la devolución de dos letras de cambio, la una por 100 mil dólares americanos y la otra, por 45 mil dólares americanos (adjunta 2 fojas); g) Que el acusador particular fue quien aceptó la referida letra de cambio de 100 mil dólares en su favor; h) Que en el transcurso de la instrucción fiscal se ha aportado abundante prueba documental que demuestra la existencia física y material de la letra de cambio aceptada por el acusador particular, era una realidad, demostrado en informes de la Superintendencia de Compañías que reconocen que él (CESAR VALLEJO) presentó el original de la cambial, como sustento del crédito para el acto societario de aumento de capital; documento éste (letra de cambio) que por efectos del Contratos de Novación, fue destruido, habiéndose remitido, de manera previa y oficial, copias certificados a la Superin-

tendencia de Compañía como era su obligación; i) Que la denuncia que origina este proceso penal se ha referido, también, a que la Gerente General de LEMERC hubiera omitido la citación al señor RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE para que en calidad de socio de dicha Empresa asista a la Junta de Accionistas en la que se resolvió el aumento de capital, hecho que carece de fundamento ya que es la propia Ley de Compañías la que obliga y no faculta convocar por la prensa dichas juntas; j) Que el acto societario y la propia utilización de la letra de cambio para compensar crédito y aumentar el capital de la Empresa es legítimo, legal, obligatorio y vinculante, reconocido así por la Superintendencia de Compañías; k) Que no existe la comisión de ninguna infracción de su parte y peor aún de quien ha ejercido la Gerencia General de la Empresa, no se ha demostrado, dentro del proceso, la existencia material de la falsedad del instrumento y, consecuentemente, no existe uso doloso del mismo; l) Por lo analizado, se deberá dictar el auto de sobreseimiento definitivo del compareciente y del proceso y calificar la denuncia y acusación particular, que siendo extemporánea se ha aceptado a trámite, como maliciosas y temerarias, a fin de ejercer de manera amplia su derecho a resarcir los daños que se le ha causado. 3. La Dra. Elba Garzón Miñaca, Fiscal de Pichincha, Unidad de Misceláneos, en términos generales manifiesta que la Fiscalía ha actuado conforme las normas del debido proceso, establecidas en la Constitución de la República como en el Código de Procedimiento Penal, por tanto, no tiene nada que alegar respecto al procedimiento, competencia, o cuestiones de prejudicialidad que pueda afectar la validez del proceso, solicita se declare válido. Se ratifica en su dictamen acusatorio emitido en contra de CÉSAR AUGUSTO VALLEJO Y PATRICIA VARELA CAMPOVERDE como presuntos autores del delito de uso doloso de documento privado falso, tipificado y sancionado en los arts. 340 y 341 del Código Penal, por las siguientes consideraciones: de las investigaciones realizadas tanto en la indagación previa como en la instrucción fiscal ha podido establecer que, efectivamente, los acusados no han podido justificar la cantidad de 100 mil dólares que supuestamente el denunciante RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE ha entregado, sea a TELEMERCK o al señor VALLEJO. Que existen varias contradicciones en los documentos remitidos por la Superintendencia de Compañías, por un lado indican que no existe en la contabilidad de la Empresa TELEMERC el respaldo de los supuestos 100 mil dólares que ha adeudado el denunciante; con los escritos presentados tanto por el señor VALLEJO como por la señora VARELA en donde supuestamente quieren justificar los 100 mil dólares con otros documentos entregados por un señor ANTHONY BYRNES. Que, en base a este supuesto dinero adeudado por el denunciante han procedido a realizar varios actos, esto es, hacer aparecer una letra de cambio girada por el valor de 100 mil dólares, en donde, supuestamente, consta la firma del denunciante, y, mediante esta letra de cambio los acusados han procedido a realizar un aumento de capital el 18 de febrero del 2004, ratificada por

la Junta General de la Empresa TELEMERC el 15 de marzo del 2004, acto aprobado por la Superintendencia de Compañías el 10 de enero del 2005 e inscrito en el Registro Mercantil el 29 de Marzo del 2005. Que, también, a través de esta letra de cambio han procedido a realizar un convenio de novación por una, supuesta, compensación de créditos, el 7 de diciembre del 2005; es decir, que la Fiscalía ha podido establecer que a través de un documento falso como es la letra de cambio han procedido a realizar todos esos actos. Que la Fiscalía ha realizado un examen grafotécnico y grafológico, pericia realizada por el señor abogado Jorge Flores, perito criminalístico, quien en su análisis y estudio realizado a una copia de la letra de cambio que se encuentra agregada a los documentos en la Superintendencia de Compañías, llega a concluir que la firma atribuida a RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE obrante en la copia de la letra de cambio fechada el 25 de marzo del 2002, por un valor de 100 mil dólares americanos, emitido a favor del señor CESAR VALLEJO, que permanece anexa al expediente número 888891 de la Empresa TELEMERC, y que mantiene la Superintendencia de Compañías no guarda identidad respecto de sus aspectos de construcción generales. Que para la fiscalía, efectivamente, se ha llegado a obtener los suficientes indicios graves que han cometido los acusados, por lo que solicita se emita el auto de llamamiento a juicio en contra de CÉSAR AUGUSTO VALLEJO Y PATRICIA KATERINE VARELA. (adjunta 27 fojas). 4. El acusador particular: KANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE, dice: a) Que según la primera intervención de los abogados o de los acusados, se podría entender que el proceso debe ser declarado nulo porque existen cuestiones que deberían ser analizadas previo a que se declare su validez, dan a entender que existe prejudicialidad, al respecto indica que no existe tal prejudicialidad, si se toma en cuenta que el delito investigado es de carácter de privado y no público, la prejudicialidad opera solo cuando se está ante un documento público, no cabe prejudicialidad; b) Que se indica que la acción está prescrita, el art. 101 del Código Penal establece, para el presente caso, si el delito de uso doloso de documento falso se comete el 18 de febrero del 2004 y la instrucción fiscal se inicia en el año 2009, con anterioridad a la fecha antes señalada, carece de fundamento jurídico la petición de que se declare prescrita la presente acción penal; c) Que se han mencionado aspectos de procedimiento que dicen relación con la intervención de la Superintendencia de Compañías, es importante dejar claro que el ejercicio de la acción penal pública, no depende del pronunciamiento que pueda hacer una Entidad del Estado como es la Superintendencia de Compañías y, por tanto, los argumentos de violación de procedimiento carecen de fundamento jurídico; d) Que no existen cuestiones que puedan afectar la validez del proceso, solicita se declare su validez, por su evidente cumplimiento con lo que establece tanto la Constitución como el Código de Procedimiento Penal, para el debido proceso; e) Que la señora fiscal ha realizado las observaciones que corresponden al dictamen fiscal y se referirá a la acusación particu-

lar, solicita se tenga en cuenta la forma en la que se comete la infracción que ha dado motivo a este proceso, como consta en la denuncia y acusación particular; f) Que el señor CESAR VALLEJO en calidad de Accionista de la compañía TELEMERC, el 18 de febrero del 2004 durante la celebración de una Junta de Accionistas solicita la capitalización de créditos de los accionistas y a tal efecto incorpora una letra de cambio, supuestamente, girada por él por el valor de 100 mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, y dice, supuestamente, porque precisamente, esa letra de cambio es utilizada para la capitalización y que en la etapa de Instrucción Fiscal se establece que es falsa; g) Que a fojas 257 a 275 del expediente existe una pericia grafotécnica realizada por el Abg. Jorge Flores, perito criminalístico acreditado al Ministerio Público, peritaje en el que se concluye que la firma atribuida a LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS obrante en la copia de la letra de cambio fechada el 25 de marzo del 2002 por un valor de 100 mil dólares, emitida a favor de CÉSAR VALLEJO que permanece anexa al expediente número 888891 de la empresa TELEMERC y que mantiene la Superintendencia de Compañías no guarda identidad en su construcción en general con las firmas indubitadas del ciudadano LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, peritaje que establece que es una firma falsificada y, quien utiliza esta letra de cambio es el acusado CÉSAR VALLEJO; h) Que los hechos demuestran, de manera incontrovertida, que el señor CÉSAR VALLEJO ha cometido los delitos tipificados en los arts. 340 y 341 del Código Penal; i) Que en cuanto al dictamen fiscal y acusación particular, se anticipa a decir que la parte imputada, en sus argumentos, manifestará que este proceso penal que ahora se ha iniciado por que se ha cometido un delito de acción pública se debe a una retaliación por los procesos civiles incluso que se llevan a cabo en la Superintendencia de Compañías, planteados por los señores RANFT RIVAS LOTHAR ENRIQUE Y CÉSAR VALLEJO; j) Que se tome nota de lo que establece el art. 41 del Código de Procedimiento Penal, la argumentación de los imputados se basará en los procesos civiles que nada tienen que ver en el proceso penal; k) Que se tenga en consideración, que se ha demostrado, que se ha utilizado dolosamente un documento falso en el proceso de capacitación de la Sociedad Anónima TELEMERC, solicita se dicte el correspondiente auto de llamamiento a juicio en contra del señor CÉSAR VALLEJO. Los imputados manifestarán que como no existe el original de la letra de cambio, el proceso podría ser nulo, porque, supuestamente, no se cuenta con el instrumento que se utilizó para cometer el delito; si ese argumento fuera válido, en el caso específico, que nada tiene relación con el presente, no se hubiere podido juzgar a los hermanos Restrepo. 5. La Judicatura, por su parte, observa: 5.1. La causa se inicia mediante acta de audiencia oral de formulación de cargos, realizada en el Despacho de la Judicatura el 05 de febrero del 2009, a las 15h09. La Dra. Elba Garzón Miñaca, Fiscal de Pichincha, Unidad de Delitos Misceláneos, se pronuncia: De conformidad con lo dispuesto en el art. 217 del Código

de Procedimiento Penal, DA INICIO CON LA INSTRUCCIÓN FISCAL. 5.2. De fs. 82 a 99 del expediente consta el informe técnico pericial grafotécnico de 22 de agosto del 2006, en cuyas conclusiones, numeral 5, se dice: “QUE LA FIRMA ATRIBUIDA A LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS OBRANTE EN LA COPIA DE LA LETRA DE CAMBIO FECHADA, EL 25 DE MARZO DEL AÑO 2002, POR UN VALOR DE CIEN MIL DÓLARES AMERICANOS, EMITIDA A FAVOR DE CÉSAR VALLEJO, QUE PERMANECE ANEXA AL EXPEDIENTE nro. 888891 DE LA EMPRESA TELEMERC S.A., QUE MANTIENE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, NO GUARDA IDENTIDAD, RESPECTO DE SUS ASPECTOS DE CONSTRUCCIÓN GENERALES, CON LAS FIRMAS INDUBITADAS DEL CIUDADANO LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, ...POR LO QUE NO ES POSIBLE CONCLUIR DE MANERA INCUESTIONABLE QUE SU AUTORÍA CORRESPONDE AL CIUDADANO INDICADO”. Se adjuntan láminas demostrativas. **QUINTO:** Corresponde determinar el grado de participación de los Imputados-procesados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones de orden legal: a) El art. 340 del Código Penal, determina: “El que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques, será reprimido...”; b) el 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”. c) El art. 191 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria), dice: “Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio”. D) Jurisprudencia: -2-X-1989 (GJ,S. XV, nro.7,p.2072) “El hombre -como dice Pessina- no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra. Es decir el hombre es delincuente por su obrar y en su obrar, no por su ser aún no revelado en obras. La conducta del hombre, tiene que juzgarse por su acción, que según Marggiori ‘es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior’. ...” En el caso que nos ocupa, si bien es verdad que la pericia documentalógica, indica: 1. Que ha sido EMITIDA A FAVOR DE CÉSAR VALLEJO; 2. QUE PERMANECE ANEXA AL EXPEDIENTE nro. 888891 DE LA EMPRESA TELEMERC S.A.; Y, 3. QUE MANTIENE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, no es menos cierto que también, determina que NO GUARDA IDENTIDAD, RESPECTO DE SUS ASPECTOS DE CONSTRUCCIÓN GENERALES, CON LAS FIRMAS INDUBITADAS DEL CIUDADANO LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, y NO por el hecho de que esta misma pericia concluya: “POR LO QUE NO ES POSIBLE CONCLUIR DE MANERA INCUES-

TIONABLE QUE SU AUTORÍA CORRESPONDE AL CIUDADANO INDICADO.” Significa que se dejó de utilizar esta letra de cambio como un medio para conseguir fines tales como: -ser utilizada dolosamente en el proceso de capitalización de la Sociedad Anónima TELEMERC; -realizar un convenio de novación bajo una supuesta compensación de créditos; -destruir el original de esa letra de cambio, sin tomar en cuenta lo estipulado en el Código de Comercio; -por copia que ésta sea, existe como tal tanto en la EMPRESA TELEMERC S.A. como en la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS; por tanto, no puede alegarse como se lo ha hecho “...la copia simple de la letra de cambio ha sido obtenida con violación al art. 175 del Código de Procedimiento Civil...” lo cual NO es un aserto porque este artículo se refiere, en primer lugar a las compulsas de una actuación judicial o administrativa y, en segundo lugar, a toda copia con valor de instrumento público que, para el caso objeto de análisis, NO se trata de éste sino de un instrumento privado que, según la jurisprudencia, “...a través del adjetivo ‘fraudulenta’, llevaría a dar la calidad de falso a la letra de cambio...” que, al haber permitido su destrucción, se ha constituido el dolo intencional (conciencia y voluntad) y, en este sentido, no afecta la validez del proceso y su legitimidad, puesto que, un contrato de novación no es causa de justificación para tal acto, así como tampoco, argumentos tales como: “cuando el acusador tenía 29 años de edad” o “fue él, el responsable por ejercer la representación legal de la Compañía, en ese entonces”. “Acto es la conducta humana guiada por la voluntad”, aspectos y circunstancias éstas que conducen al juzgador a establecer, con lógica jurídica, el USO DOLOSO de la Letra de Cambio; conducta y/o acto que se encasilla en la norma que tipifica el Código Penal. Por lo expuesto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, “sana crítica que comporta un juzgador de recta conciencia que no se presta al juego de los intereses”. Con fundamento en la disposición prevista en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal, vigente, dicto el presente AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN CONTRA DE LOS IMPUTADOS-PROCESADOS: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, por considerar que de los resultados de la Instrucción Fiscal se desprende presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito sobre la participación del imputado-procesado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH como autor del delito tipificado y sancionado con el art. 341 del Código Penal en concordancia con lo dispuesto en el art. 42 ibídem: “Son autores por acción directa todos los que concurren a la ejecución del delito...”; y, de PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, como cómplice del delito tipificado y sancionado en el art. 341 del Código Penal en concordancia con lo dispuesto en el art. 43 ibídem: “Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos”. Se ordena la prisión preventiva de los acusados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y

PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERTDE, para lo cual oficiase al señor Jefe de la Policía Judicial de Pichincha a fin de que ordene al personal a su mando procedan a la inmediata localización y captura de los acusados, quienes una vez aprehendidos quedarán a órdenes de esta Autoridad. Se dispone la siguiente medida cautelar de carácter real: 1) El embargo de los bienes que posean los encausados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH y PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, para lo cual, oficiase al señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito haciéndole conocer de esta Resolución. Actúe el Abg. Juan P. Hernández Cárdenas, secretario titular de esta Judicatura. **Notifíquese.**

f.) **Dra. Lucrecia Mora Cepeda, Jueza.**

FALLO DE TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES

Jueces Ponentes: Dr. Luis Fernández Piedra y Dr. Hugo E. Sierra Gallardo.

TRIBUNAL QUINTO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 09 de junio del 2010. Las 15h00.

VISTOS: Este Tribunal de Garantías Penales de Pichincha integrado por los señores Jueces: doctor Luis Fernández Piedra, Presidente, doctor Hugo Sierra Gallardo, Juez Segundo; y, la doctora Jacqueline Pachacama Chacha, Jueza Tercera, y constituido en audiencia de juicio, en virtud del sorteo de la causa realizado el día lunes 04 de enero del 2010, a las 11h21, se radicó la competencia en este Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, conforme consta de fojas 1408 de los autos, para conocer y resolver la situación jurídica de CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, en contra de quienes la señora Jueza Séptimo de lo Penal de Pichincha, con fecha 24 de junio del 2009 a las 15h36, dicta auto de llamamiento a juicio por considerarlos presuntos autor y cómplice, respectivamente, del delito tipificado y sancionado en el art. 341 del Código Penal vigente, en concordancia con lo determinado en los arts. 42 y 43 del Código Penal. Auto ratificado por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Por cuanto los ciudadanos ecuatorianos, así como los extranjeros que cometen delitos dentro del territorio de la República, están sujetos a la Jurisdicción Penal del Ecuador y siendo los acusados de nacionalidad ecuatoriana, en contra de quienes se ha propuesto cargos por delito cometido en territorio ecuatoriano, se encuentran bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, según lo establece el numeral 1 del art. 18 del Código de Procedimiento Penal, por el sorteo de ley, y lo puntualizado en los arts. 21 numeral 1, 17 numeral 5, 28 numeral 1, y 306 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal como Juez pluripersonal es competente tanto por los grados, por las per-

sonas, por el territorio y la materia para conocer y resolver la causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.** De la revisión minuciosa de las tablas procesales, no se encuentra que se hubiere incurrido en omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiese influir en la decisión final de la causa, por el contrario se han observado las garantías del debido proceso, por lo que este Tribunal declara la plena validez procesal. **TERCERO: IDENTIDAD DE LOS ACUSADOS:** a) El acusado se identifica con los nombres de: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, con cédula nro. xx de 59 años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, residente en Cumbayá, vía del Acuario S/N, lote 28, de estado civil casado, de oficio u ocupación Asesor Aduanero, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, de instrucción superior y, b) PATRICIA KATERINE VARELA CAMPOVERDE, con cédula nro. xx, de 38 años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, residente en Cumbayá, Urbanización Los Eucaliptos, sin número, casa nro. 28, de estado civil casada, de oficio u ocupación Empresaria, de instrucción secundaria. **CUARTO: RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL PROCESADO. 4.1. RELACIÓN PROCESAL.** La señora Fiscal doctora Elba Garzón Miñaca a fojas 984 a 988, resuelve dar inicio a la instrucción fiscal, con fecha 5 de febrero del 2009, a las 15h09, teniendo como antecedente la denuncia presentada por el señor LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, quien indica que: "TELEMERC S.A., es una compañía anónima, constituida el 29 de marzo del año 2000 mediante escritura otorgada ante el Notario Vigésimo Sexto del cantón Quito e inscrita en el Registro Mercantil del mismo cantón el 11 de abril del mismo año. Conforme consta en la certificación emitida por la Superintendencia de Compañías, soy accionista de la compañía TELEMERC S.A., desde la fecha de creación de la compañía hasta el 26 de marzo del 2002, fui Gerente General de TELEMERC S.A.. El día miércoles 18 de febrero del 2004, se llevó a cabo una junta general extraordinaria de accionistas; convocatoria firmada por el Gerente General de la empresa y publicada en el diario "La Hora" con fecha 6 de febrero del 2004, junta a la que no concurrí, por cuanto la convocatoria se ha realizado únicamente por la prensa y no me fue comunicada en forma personal. No siempre se puede leer todos los periódicos, todos los días, razón por la que no me enteré de dicha convocatoria, ni tampoco, se me comunicó en forma personal por parte de los Administradores de la Empresa. En el punto sexto de esa convocatoria consta "CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS DE LOS ACCIONISTAS" y en el punto siete dice: "AUMENTO DE CAPITAL". El 15 de marzo del 2004, se ha llevado a cabo una nueva junta general extraordinaria de accionistas de la empresa, a la que tampoco concurrí por cuanto la convocatoria se ha publicado nuevamente por la prensa y tampoco se me comunicó en forma personal. En el numeral 1 de esta convocatoria se lee "Ratificación del Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el día miércoles 18 de febrero del 2004". Tanto a la junta celebrada

el 18 de febrero como la del 15 de marzo, el único accionista que asistió fue el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, que a esa fecha era propietario del 50% de los derechos y acciones de la compañía. En el acta de junta de accionistas del día miércoles 18 de febrero del 2004, en la parte pertinente a la “capitalización de crédito de accionistas, consta que la compañía mantiene como acreedor al señor Lcdo. César Augusto Vallejo Schwarzenbach, por la suma de \$100.000, ha justificado el supuesto crédito, con una letra de cambio cuya copia notariada, apareja a la acta de la junta; letra de cambio que según se hace constar en la acta fue girada por el ex Gerente de la Empresa, en este caso por mi persona. Hecho falso, de falsedad absoluta. Por la supuesta deuda inexistente, el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, solicita la compensación de crédito por un valor de \$30.000 dólares, dejando a la compañía con una obligación pendiente de \$70.000 dólares. Una vez legalizado el aumento de capital por compensación de créditos la Gerente General de la compañía ha imputado como abono a la supuesta obligación la cantidad de \$30.000 dólares. Aumento de compensación de créditos que fue ratificado en la junta general extraordinaria de accionistas el 15 de marzo del 2004, **por el mismo único socio, que participa en las dos juntas generales de accionistas**, es decir, se convierte en juez y parte. Del certificado emitido por el Registrador Mercantil del cantón Quito, consta que la señora PATRICIA VARELA CAMPOVERDE fue designada como Gerente General de la empresa el 27 de marzo del 2002, (sic) ...concuera con lo dispuesto en el art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que puntualiza que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado; y en concordancia con el art. 252 ídem que establece “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, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de la instrucción fiscal. Las investigaciones realizadas en la etapa de instrucción fiscal y las experticias realizadas para justificar la materialidad de la infracción, alcanza el valor de prueba cuando son sustentadas en el juicio, las versiones recibidas por el Fiscal alcanzan valor de prueba cuando son ratificadas por quienes las rindieron en el curso de la audiencia de juzgamiento; y, los anticipos de prueba cuando son incorporados al juicio en la fase de prueba ante el Tribunal; en otras palabras, cuando son pedidas, ordenadas, actuadas e incorporadas al proceso de conformidad con la Ley Procesal Penal ante el juez, esto es, ante órgano jurisdiccional competente, en este caso en este Tribunal. Estas directrices devienen de las instituciones puntualizadas en los arts. 79, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal y en cumplimiento de los principios fundamentales de legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso; dispositivo y de contradicción en la presentación de las pruebas, proporcionalidad, unidad, concentración, independencia, publicidad y otros puntualizados en los arts. 168 y 169

de la Constitución de la república. En materia penal de prueba es material, testimonial y documental. **La prueba material**, según lo dispone el art. 91 del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en su vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado, con la debida cadena de custodia, para ser presentado en la etapa del juicio, mediante los correspondientes reconocimientos periciales practicados por peritos acreditados ante el Consejo de la Judicatura y Fiscalía General del Estado, que alcanzará la calidad de prueba solamente cuando se las haya actuado en la audiencia de juicio de conformidad con la Ley y podrán ser valorados por el Tribunal Penal, luego, en materia de falsificaciones debe realizarse los peritajes tendientes a probar la originalidad de los elementos que se dice han sido alterados y constitutivos de falsificación, consistente ya en alteraciones relacionadas con el formato o sellos oficiales institucionales; falsedad de escrituras o firmas; ya en imitación o alteración de letras, números o firmas; ya en escrituras hechas después de haber sido girados, ya escribiendo un contenido distinto del que se hubiere acordado, suposición de personas; y cuando se tratare de delito medio para conseguir la finalidad de otro delito, debe probarse además, el objeto material del correspondiente delito fin. La prueba testimonial, consiste en las declaraciones que hacen terceras personas que no son parte en el juicio y que, por tanto, no pueden ser el ofendido, el acusado ni el coacusado; luego las declaraciones del ofendido y del acusado bajo condiciones específicas, pues la declaración del ofendido por sí misma no constituye prueba, mientras que la del acusado, constituyéndose en medio de prueba y defensa a su favor, para que surta tales efectos debe guardar armonía con el resto de la prueba o simplemente ser la única actuada. Dentro de las declaraciones de terceras personas hay quienes pueden declarar sobre los hechos materia del enjuiciamiento penal por haberles constado personalmente los hechos o parte de ellos constitutivos del iter criminis; y, aquellos que, en ejercicio del principio de contradicción consagrado en la Constitución, que sustente la posibilidad de exclusión de esa prueba o del establecimiento de un hecho distinto al inferido por el perito, pueden ser actuados como experticias periciales, sobre la base del fundamento de no poder “ser y no ser” al mismo tiempo, esto es, sobre las inferencias de orden científico, técnico o conclusiones a las que el declarante arribó luego de la correspondiente pericia y sobre lo que este experto puede aportar con nuevas luces para determinar la certeza del conocimiento científico al momento actual, que puede también, por demás, simplemente ilustrar de manera más amplia y detallada la misma inferencia técnico científica a la que haya arribado el perito. **La prueba documental** consiste en los documentos públicos y privados, según prescripción constante en el art. 145 del Código de Procedimiento Penal. La manera de incorporarlos a juicio y la calidad y eficacia probatoria de ellos, en el sistema oral dentro del modelo de garantías, dependerá de cómo se encuentra relacionado con el caso y de la calidad del documento, así, hará fe en juicio

penal y no requerirá de la comparecencia del otorgante, cuando se trate de documentos públicos sobre los que **la Ley establece fe pública** por la calidad del funcionario otorgante, **salvo en los casos que se alegue falsedad o falsificación, en cuyo caso habrá de ceñirse a las normas de prejudicialidad y pesquisa directa, según sea el caso, ya de falsedad ideológica ya de falsedad evidente o falsificación, contrahechura material, etc.**, en todos los demás documentos deberá comparecer el otorgante para establecer la veracidad del contenido de ellos a través del interrogatorio y contra interrogatorio, también conocidos como examen y contra examen. **Campo de la prueba.** Para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra de los acusados y sobre lo cual, éstos, deben responder, según lo prescribe el art. 251 del Código de Procedimiento Penal. Es preciso establecer que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que, sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba se circunscribe a los hechos, pudiendo diferir los criterios de adecuación típica penal de la conducta incriminada. Por esta razón y por cuanto en la instrucción fiscal tan solo hay elementos de convicción para la formulación de una hipótesis de adecuación típica, no probada aún. El art. 238 del Código Penal (anterior, aplicable al caso, por la fecha de la comisión del delito, establece que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad de los procesados, **no surtirán efectos irrevocables en la etapa del juicio**, porque ella, tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y el juicio de desvalor de la inocencia, supuesto de su calidad al comparecer a juicio, y de la culpabilidad de los acusados, para atribuirles o no la comisión de la infracción y determinar, **con certeza**, según mandamiento del art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal y culpabilidad de los acusados. **El tipo penal:** para el caso, en el proceso debía justificarse, fehacientemente, la existencia del delito por el que fueron llamados a juicio los acusados y para ello, en esta etapa que se tramitó ante este Tribunal Penal y que es aquella en la que la Fiscalía General del Estado, representado por el señor Agente Fiscal que intervino en la audiencia de juzgamiento, debía demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados. Los componentes del tipo penal deben entenderse dentro de la definición del tipo penal que se hace en los artículos 339, 340 y 341 del Código Penal, y que en su contexto contiene todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal, así: **1. Sobre falsedad en instrumentos en general:** *El delito de falsedad instrumental* a encontrarse, una de sus figuras, tipificada en los arts. 339 y 341 del Código Penal; contemplada bajo el Título IV que se refiere a **LOS DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA, Capítulo III De las Falsificaciones de Documentos en General, tiene como bien jurídico protegido a la fe públi-**

ca, que puede ser conculcada de distintas maneras, siendo una de ellas la falsedad cometida en instrumentos públicos o **privados**, como es este caso; habida cuenta que en todos los actos de la vida social, debemos partir del presupuesto positivo del accionar humano, así la inocencia y la honestidad de las personas, **la veracidad de los contenidos de los documentos**, etc.; luego, una de tales hipótesis típica es la denominada falsedad en instrumentos privados para el caso, que consiste en **a) cometer falsedad**, es decir evidenciar la acción de una persona **en un resultado que no responde a la verdad**, ya en sí, aparente, es decir, que puede ser ideológica y material, esto es, ya sobre el contenido de las convenciones que estaba destinado a contener el instrumento, de ser verídico, ya sobre la identidad y calidad de los intervinientes, entre otros, en el primer caso; y en el segundo caso, por la contrahechura de escrituras por adición o alteración de firmas, etc. **b) la calidad del instrumento**, que pudiendo ser público o privado, en el presente caso es un instrumento privado, es decir, el documento producido por personas cuya identidad y veracidad no puede cuestionarse, como lo determina el Código de Procedimiento Civil, para los instrumentos privados. **c) la equiparación de autoría para quien hiciera uso doloso** del documento falso. **2. El daño material** de la infracción se pone de manifiesto en el **resultado fáctico evidenciado en los medios, lugares, cosas o personas objeto de la infracción**; que para el caso en análisis, falsedad instrumental, constituye el documento privado, en el que se reputa haberse cometido la falsedad ideológica y material, y en el caso de esta última, en la contrahechura de alguno de los elementos que contiene el instrumento, ya sea en su cláusulas ya sea en las firmas, cuyo supuesto aceptante, la rechaza, porque manifiesta que no es su firma la que consta en dicho documento, que su firma ha sido alterada, adulteradas, suplantada, **que es falsa, que no son sus rasgos caligráficos**, que nunca aceptó obligación alguna mientras fue el Gerente General de la Empresa TELEMERC S.A., etc. **SEXTO: JUICIO PROPIAMENTE DICHO. TEORÍA DEL CASO Y PRESENTACIÓN A LOS MEDIOS DE PRUEBA POR LAS PARTES PROCESALES: 6.1. TEORÍA DEL CASO Y PRUEBA PRESENTADA POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.** El Tribunal Penal procedió a indagar a los acusados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, sobre el entendimiento de los cargos que la Fiscalía le formulaba en su contra, así como la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrados culpables; se les intimó de su derecho, que les garantiza la Constitución del Ecuador, así que tenían derecho a un juicio imparcial ante su juez natural, la razón por la que se encontraban en este Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. Para su comparecencia a juicio tenían derecho a la defensa como en efecto se encontraban defendidos por los doctores: Humberto Dueñas Veloz y Jaime Tamaño Martínez respectivamente: que tenían derecho a guardar silencio, a no auto inculparse, que podían no contestar a las

preguntas que se formulen y que podían consultar a su abogados previamente a contestar todas y cada una de ellas, que el testimonio de estos era su medio privilegiado de defensa y prueba a su favor de aquello y será considerado por el Tribunal en el momento de resolver. En virtud de los principios de concentración, intermediación, unidad, dispositivo de la prueba y de contradicción se prosiguió con la audiencia de juicio, se pidió a los acusados pongan atención a las actuaciones del Fiscal para que puedan ejecutar su derecho a la defensa. En la etapa de la exposición de motivo de la acusación y relato circunstanciado de los hechos como de petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal, de la existencia o no del ilícito por lo que los acusados fueron llamados a juicio, como de la responsabilidad penal de los mismos, según lo que asegura la Fiscalía ya fin de establecer si estos elementos del tipo penal ha consumado o no la comisión del acto por el que ha motivado la causa cuya responsabilidad se imputa a los acusados. En representación de la Fiscalía General del Estado el doctor Raúl Salgado Serrano, Agente Fiscal de Pichincha, presenta la siguiente teoría del caso: llega a la Fiscalía la denuncia formulada por el señor Lothar Enrique Ranft, quien indica ser socio de la compañía Telemerc S.A., pero que el 18 de Febrero del 2004 se ha llevado a cabo una Junta General de Accionistas; dentro de los puntos de la convocatoria consta la capitalización de crédito y un aumento de capital. En otra reunión se ha llamado para la ratificación del acta de febrero del 2004 y consta como acreedor el señor César Vallejo por la suma de cien mil dólares, justificando con una letra de cambio que consta con la firma aceptada por el señor Lothar Ranft quien indica además que se hizo con esa letra una compensación de crédito. **El señor Ranft, jamás suscribió dicho documento y considera que se ha falsificado su firma y rúbrica.** Luego de presentar las circunstancias que determinaron la infracción y a fin de probar la posición procesal o hipótesis de adecuación típica procedió a pedir las correspondientes pruebas a cuyo efecto enunció la lista de testigos que deberán declarar y su presencia ante este Tribunal en su momento, acto seguido se recibió los testimonios de: **1. TESTIMONIO DEL SEÑOR LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS**, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene que decir la verdad de todo cuanto supiera y fuere preguntado, bajo las prevenciones de ley, manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: soy mecánico titulado en Alemania, fue accionista y Gerente General de Telemerc, 50% y 50% con el señor Vallejo. Nosotros con el señor Vallejo éramos amigos, era amigo de mi padre, en esa época me encontraba corriendo carreras en Europa, y cuando regresé mi padre me había presentado al señor Vallejo para abrir un negocio de bodegas aduaneras con una participación de 50% y 50%, se dieron problemas con el señor Vallejo y no quería meterme en problemas y renuncié a la Gerencia. No nos dejaban ingresar a la Empresa. La Gerencia General asumió la

señora Patricia Varela, se hizo un aumento de capital con una publicación del diario La Hora y me dejó con la participación del 3%. Cuando me enteré que se hizo un aumento de capital y al revisar los documentos y ver que la copia de la letra de cambio, que reposaba en la Superintendencia de Compañías, **comprobé que no era mi firma.** A partir de ahí no hemos tenido comunicación con el señor Vallejo y la señora Varela y lo que hemos tenido es juicios y nos encontramos en estas instancias. Yo no acudí a ninguna junta, le pude haber mandado a mi abogada la doctora Andino. Yo conocí sobre el aumento de capital mucho tiempo después cuando por un escrito que se le pide a la Superintendencia de Compañías, me dicen que ya no soy accionista del 50 por ciento sino con mucho menos. Encontramos los anuncios en diario La Hora. Se me hizo conocer que el señor Vallejo era acreedor de 100 mil dólares, pero no he firmado ninguna letra de cambio. A las preguntas de su defensor doctor David Vaca dice: Me parece que debo ser socio con una acción minoritaria de la Empresa Telemerc no estoy seguro del porcentaje exacto. No supe de la reunión de accionistas de 18 de febrero del 2004, no tuve ningún conocimiento del aumento de capital. No tuve conocimiento de la letra de cambio que se me atribuye por 100.000 dólares, no he firmado ninguna letra. No he ratificado el aumento de capital. No he firmado ninguna letra de cambio como Gerente de Telemerc. He visto la copia de la letra de cambio y **no es mía esa firma, se puede decir que me ha sido falsificado y no me cabe la menor duda.** A las preguntas del doctor Humberto Dueñas, abogado del acusado dice: ¿usted tenía conocimiento del estatuto? Debo haber tenido conocimiento pero a esa edad que yo tenía, nunca leí el estatuto. No conocí la convocatoria. La delegué a la doctora Andino para que asista. Se le pone a la vista el acta del desarrollo de la junta. Yo delegué para que comparezca, le di toda la autorización a la doctora Alexandra Andino y ella no aprueba ratificar las acciones de la señora Patricia Varela. Por el valor de 100.000 dólares no acepté ninguna letra de cambio ni a favor de Telemerc, peor del señor Vallejo, por eso hablamos de presunto uso doloso de documento falso. Estoy seguro de la falsificación del documento, ya que la firma y rúbrica que constan en él no son las mías, no he realizado Yo esa firma. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo, dice: **No me acuerdo haber hecho convocatoria por la prensa para juntas.** En original no la he visto a la letra de cambio. Yo autoricé para que comparezca la doctora Alexandra Andino. Tenía 22 años cuando fui Gerente, y los problemas se dieron por un juicio por inquilinato y ya estábamos viendo que la Empresa no era lo que el señor Vallejo había ofrecido y por problemas económicos como son que no se cubrían gastos fijos. El señor Lothar Ranft Logman era Presidente. Desconozco por qué no se me permitía entrar a la Empresa. Luego que se hizo el aumento de capital estuvimos muy atentos al diario La Hora. La doctora Andino no aprueba ratificar el aumento de capital. El señor Fiscal solicita que este testimonio se lo tenga como prueba. **2. TESTIMONIO DE WILLIAMS HENRY GALLEGOS**

CAIQUETÁN, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fue preguntado, bajo las prevenciones de ley, manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: soy auditor, ingeniero y post-gradado en Alta Gerencia, soy acreditado a la Fiscalía unos cinco años. Debo haber realizado unas cuatrocientas o quinientas pericias. El informe es elaborado por mi persona. Fue para realizar el allanamiento e incautación en la Av. La Prensa y Pasaje Iturralde, concurrimos con la señora Fiscal y agentes de la Policía. Revisamos y no encontramos la letra de cambio, fuimos al departamento de contabilidad y no encontramos documentación anterior a la fecha del informe, esto es, junio 2008. No había en la computadora los archivos, pregunté a la señora Gerente, la señora Varela, y dijo que no están en las oficinas. No había contabilidad anterior al 2008. No se me presentó la letra de cambio o algún respaldo. Reconoce la firma y rúbrica del informe. A las preguntas del doctor David Vaca dice: del año 2008 si había documentación y anterior al año 2008 no había ni copias ni en la computadora. La señora Gerente le dijo que no se encontraba ahí la documentación y no me dijo dónde se encontraba. No se me exhibió absolutamente nada de la letra de cambio. A las preguntas del doctor Dueñas, abogado de la defensa dice: lee el acta de posesión de perito en la Fiscalía. Realmente no conocía que letra de cambio era. No se me dispuso realizar contabilidad de años anteriores al 2008. A las preguntas del doctor Tamayo dice: adjunto la Gerente que la contabilidad tiene el contador y que no trabaja ahí. El señor Fiscal solicita que el testimonio sea agregado como prueba de la Fiscalía. **3. TESTIMONIO DEL INGENIERO CARLOS ALBERTO CICERÓN HARO CARRERA**, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx, quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fuere preguntado, bajo las prevenciones de ley y al manifestar que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: laboro desde el año mil novecientos ochenta y cinco en la Superintendencia de Compañías, actualmente en el departamento de Auditoría e Intervención. Se le pone a la vista un informe de control. El doctor Dueñas y el doctor Tamayo impugnan esta prueba, por la no pertinencia. El informe que me están señalando el nro. 1093 del 21 de Octubre del 2005, es un informe ampliatorio que me piden respecto de una observación que tiene relación con una letra de cambio de cien mil dólares y un aumento de capital que en función al registro contable se lo efectuó con compensación de créditos y en el que manifestó la discrepancia que hay entre lo que dice el informe de inspección del aumento de capital respecto a que el valor ingresó a bancos contra las cuentas por pagar por la suma de cien mil dólares frente a lo que comprobé con los estados de cuenta que manejaba la compañía. **No encontré**

ningún depósito por cien mil dólares que haya efectuado el señor César Vallejo, de todo el estado Bancario. Los gastos que aparecían en la compañía, eran registros que o tenían la documentación que soportaba esos valores en función de lo que determina el reglamento de comprobantes de venta. Si conocí de ese aumento de capital. Tengo conocimiento que todo el proceso se siguió hasta la culminación en el Registro Mercantil. A las preguntas del doctor David Vaca, dice: Yo me dirigí a Telemerc. Me recibió algún empleado de la compañía pero no me dejó ingresar y llamaron al Lic. César Vallejo, llegó y conversó conmigo, respecto de la letra de cambio de los cien mil dólares. El señor me enseñó a mí, él tenía la letra en su poder, sacó del bolsillo de su chaqueta y me enseñó, era original. Yo le dije que me entregue una copia y me hizo llegar una copia y la incorporé a mi informe, Anexo 4 fojas 572. A las preguntas del doctor Humberto Dueñas, abogado de la defensa, indica que no tiene preguntas. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo dice: es un alcance a un informe anterior nro. 1025 de 5 de octubre del 2005. Se le pone a la vista el informe. El origen de este informe es el reclamo de la señora Gloria Guadalupe Rivas García, que era la persona que presentó el reclamo. No recuerdo cual fue el reclamo de la señora. La copia me entregó la señora Patricia Varela con un trámite que ingresó a la Superintendencia el 23 de diciembre del 2005. El señor Fiscal pide que se incorpore como prueba el testimonio. **4. TESTIMONIO DEL DOCTOR WILSON HERNÁN BORJA PÉREZ**, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fuere preguntado, bajo las prevenciones de ley, manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: Soy doctor en Jurisprudencia, labora en la Superintendencia de Compañías treinta años en el Departamento de Auditoría e Intervención. Se le pone a la vista un informe que consta del proceso y se le pregunta en qué consistió su labor y a qué conclusiones llega. Como funcionario de la Dirección de Auditoría y Control de la Superintendencia, mi obligación, es atender las peticiones de los socios de las compañías, en este caso de la Compañía Telemerc. En este caso el señor Ranft denunciaba algunos casos de mal funcionamiento de la compañía y fui a hacer una inspección, a verificar y analizarlos hechos frente a los documentos que presenta la compañía. No he realizado análisis del aumento de capital. De esa letra de cambio me entregaron una copia cuando fui a hacer la inspección, me atendió la Gerente, letra aceptada por el señor Ranft. No corresponde hacer análisis de ese asunto como Institución. En el año 2003 me exhibió la letra original y me dieron una copia. La letra me entregó la Gerente (la reconoce a la señora gerente). Me exhibió el original y me entregó una copia. A las preguntas del doctor Humberto Dueñas, abogado de la defensa, dice: Lee un informe constante del proceso. Nosotros lo que hacemos es verificar lo que plantean las personas y por estas transacciones entre las partes

el señor Gerente de Telemerc Lothar Ranft acepta una letra de cambio por cien mil dólares y otra por cuarenta y cinco mil dólares. Sobre estos gastos no se justificaron pero los ingresos fueron ingresados cien mil dólares, noventa mil en un asiento y diez mil en otro asiento y a cambio de aquello acepta el señor Gerente, le gira la letra de cambio. De acuerdo a los documentos se indica quién es el que aceptó la letra en calidad Gerente, el señor Lothar Ranft Rivas. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo dice: en la primera inspección no recuerdo pero el señor Vallejo si ha estado presente en otras inspecciones. La señora Varela era quien me atendió la inspección y dijo que den sacando una copia. Las inspecciones se han realizado por denuncia del señor Lothar Ranft. **5. TESTIMONIO DEL TENIENTE CORONEL DE POLICÍA JORGE REMIGIO FLORES SALAZAR**, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fuere preguntado, bajo las prevenciones de ley, manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: Llevo veintitrés años en la Institución Policial. En el año 97 estudié en el Laboratorio de Criminalística de Chile donde obtuve mi título, acreditado al Consejo de la Judicatura, trece años como perito. Soy doctor en Jurisprudencia y tengo tres post-títulos. Yo fui solicitado por el doctor Miguel Jurado para realizar una experticia grafotécnica. El documento dubitado fue una copia de una letra de cambio la misma que es emitida a favor del señor Vallejo. Este documento forma parte del expediente 888891 de la Empresa Telemerc en la Superintendencia de Compañías. Para cotejar esa firma he tenido que buscar firmas indubitadas del señor Lothar Ranft. Se tomó un cuerpo de escritura y he procedido a realizar el análisis extrínseco e intrínseco, en el extrínseco se ven las partes formales y el intrínseco es un poco más complejo realizar en fotocopias. Yo afirmo que encuentro diferencias sustanciales en la firma. **Se puede ver la espontaneidad con las que se desarrollan las firmas indubitadas.** EN ESTA FOTOCOPIA SE PUEDEN OBSERVAR RETOMAS. EXPLICA AL TRIBUNAL EL INFORME JUNTO CON LA PRESENCIA DE LOS ABOGADOS DE LAS PARTES. AL ACTO DE ESCRITURA ES PERSONALÍSIMO Y ES INCONSCIENTE. LAS FIRMAS INDUBITADAS ESTÁN DENTRO DE LOS 45 GRADOS. PRESENTA GIGANTOGRAFÍAS. HAY QUE TOMAR EN CUENTA EL PARALELISMO DE LAS LÍNEAS. EL INICIO NO SE PRODUCE CON UN ARPÓN TAN PRONUNCIADO. LA FIRMA QUE OBRA EN LA COPIA DE LA LETRA NO ES DEL SEÑOR LOTHAR RANFT. MUCHOS PERITOS RECHAZAN LOS TRABAJOS EN FOTOCOPIAS, LAS PERSONAS QUE REALIZAMOS ESTO NOS LIMITAMOS A DECIR SI ES QUE LA FIRMA FUE O NO REALIZADA POR UNA PERSONA. LEE EL LIBRO DEL AUTOR GUZMÁN Y OTRO DE ROLDÁN Y OTRO JUAN CARLOS ALEGRETI. CON REFEREN-

CIA A LOS PERITAJES EN FOTOCOPIAS. **LA TEMPORALIDAD DE LAS FIRMAS**, ES DECIR, QUE LA FIRMA COTEJADA DEBE SER DE LA MISMA ÉPOCA O DOS O TRES AÑOS DE DIFERENCIA. EL DOCUMENTO QUE VERIFIQUE TIENE QUE HABER TENIDO LAS CONDICIONES IDÓNEAS PARA REALIZARLO. YO RECTIFICO MI CONCLUSIÓN PORQUE ESE INFORME FUE ELABORADO EN EL 2006 Y ESA ÉPOCA MUY POCO SE HABLABA DE ESOS TÉRMINOS Y ESTE TIPO DE PERICIAS. Yo digo que esa firma que está en la copia de la letra no es la firma del señor Ranft. A las preguntas del doctor David Vaca, dice: en la toma de un cuerpo de escrituras se tomó todas las que constan del expediente y son unas 70 firmas aproximadamente, más las detalladas en el expediente. Se analizó las firmas del señor Vallejo que constan del proceso. Se va al Registro Civil cuando no se puede obtener firmas contemporáneas y le presentan la tarjeta índice cuando se sacó la primera firma entonces no había necesidad de ir al Registro Civil. A las preguntas del doctor Dueñas dice: ¿Reconoce el informe incluidas las conclusiones? Explica el informe. He manifestado todas las retomas, es decir, se coteja la firma dubitada y la indubitada. Reconozco un error tipográfico porque pongo en informe que son espontáneas. Las dos tienen un ritmo de velocidad medianamente veloz. El presionado es el daño que puede hacer la pluma sobre el papel. En cuanto al grosor, explica. Hay trazos que son mucho más finos que otros. Lo que digo en las conclusiones es que no guarda identidad y por lógica no es la firma del señor Ranft que para ese momento yo tenía la convicción de que no guardan identidad. **Cuando no hay identidad significa que no es igual.** A las preguntas del doctor Tamayo, dice: LA PERSONALIDAD GRÁFICA SON TODOS LOS MOVIMIENTOS QUE SE VAN INCORPORANDO A SU CONDUCTA DE MANERA INCONSCIENTE QUE SE TRADUCE COMO UN GESTO PROPIO. ALGUNOS RASGOS PUEDEN IR CAMBIANDO PERO SE MANTIENE COMO POR EJEMPLO LAS INCLINACIONES. La pericia era a la firma, no la fecha. La copia la obtuve de la Superintendencia. Podría ser una imitación, calco, mano guiada no lo sé. La Fiscalía solicita que este testimonio se agregue como prueba de la Fiscalía. **6. TESTIMONIO DE JOSÉ EDUARDO ROMERO AYALA**, portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fue preguntado, bajo las prevenciones de ley manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: Soy abogado 21 años, he trabajado en el Ambro Bank, Banco del Austro y actualmente en la Superintendencia de Compañías. El cumplimiento de mis funciones de acuerdo al art. 348 de la Ley de Compañías, cualquier socio puede solicitar la presencia de un delegado para que no se inobserven las disposiciones de orden legal. Hubo un problema entre los accionistas. No recuerdo los apellidos pero

reconoce a la doctora Andino presente en esta sala. Le votaron una tarjeta. Yo debo tomar nota de los incidentes y consta el nombre del señor Vallejo. Cada vez que hay una junta el Intendente Jurídico designa un especialista jurídico. A las preguntas del doctor David Vaca, dice: las veces que me delegaron acompañé a la doctora Andino. Creo que todas ingresé a las juntas. A las preguntas del doctor Tamayo dice: nunca vi la letra. **El señor Fiscal solicita se agregue al proceso como prueba el testimonio rendido. El señor Fiscal continuando con su prueba manifiesta:** que se tenga como prueba de la Fiscalía los siguientes documentos: diligencia previa de exhibición del Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha constante a fs. 460; diligencia de allanamiento, de fs. 897 a 970. **6.2. TEORÍA DEL CASO Y PRUEBA PRACTICADA POR EL ACUSADOR PARTICULAR LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS.** El doctor David Vaca Jaramillo, abogado defensor del acusador, manifiesta: de acuerdo con la denuncia que dio origen a esta acción penal y con la acusación particular se conoce que el hoy acusador es accionista de la Sociedad Anónima de la Empresa Telemerc S.A., aparte de ser accionista se desempeñó como Gerente General. El día miércoles 18 de febrero del 2004 se lleva a cabo una junta de accionistas en la que se resuelve capitalizar créditos de los accionistas y aumentar el capital. Y para cumplir con este propósito se utiliza una letra de cambio que supuestamente había sido aceptada en calidad de Gerente General de Telemerc S.A. Una letra de cambio por 100 mil dólares. El 15 de marzo del 2004 se celebra una nueva junta general extraordinaria de accionistas en la cual el propósito era ratificar la anterior. Resulta que el señor Lothar Enrique Ranft Rivas accionista de Telemerc S.A. se entera de que para la capitalización y aumento de capital se ha utilizado una letra de cambio de 100.000 dólares que él supuestamente había aceptado. Como esto le llamó la atención, lo que hizo fue solicitar ver esa letra para ver si la firma le correspondía pero no lo puedo verificar porque no le exhibieron, por lo que acudí al lugar donde tenía que producir efectos jurídicos y fue a la Superintendencia de Compañías y pudo observar que en efecto constaba una copia de la letra de cambio en la que se decía constaba la firma de él y pudo comprobar que esa firma no le correspondía y le había sido falsificada, es por estas razones y porque se utilizó dolosamente ese documento privado; presentó la respectiva denuncia y acusación particular en contra del señor César Vallejo. Delito tipificado en el capítulo relativo a los delitos contra la fe pública. Que se tenga como prueba del acusador: la prueba testimonial como el testimonio del acusador particular; la declaración del testimonio del doctor Williams Gallegos; de Haro Herrera; de Wilson Borja; del Teniente Coronel de Policía Jorge Flores; como prueba documental: la escritura de aumento de capital y reforma de estatutos de Telemerc S.A. de fojas 231 a 300; documento que obra a fojas 210 a 212; documentos que obran de fojas 302 a 366 que son los enviados desde la Superintendencia de Compañías. Peritaje de fojas 441 a 458 del proceso: el documento de fs. 895 a 970 que se refiere al allanamiento.

6.3. TESTIMONIO DEL PROCESADO CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH. El Tribunal Penal procedió a indagar al acusado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, sobre el entendimiento de los cargos que la Fiscalía formulaba en su contra así como la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrado culpable, se le intimó de su derecho que le garantiza la Constitución de la República del Ecuador así, que tenía derecho a un juicio imparcial ante su juez natural, razón por la que se encontraban en este Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha: para su comparecencia a juicio tenía derecho a la defensa como en efecto se encontraba defendido con su abogado doctor Humberto Dueñas Veloz, que tenía derecho a guardar silencio, a no auto inculparse, que podía o no contestar a las preguntas que se formulen, y que podían consultar a su abogado previamente a contestar todas y cada una de ellas, que su testimonio era el medio privilegiado de defensa y prueba a su favor, y será considerado por el Tribunal en el momento de resolver. El Tribunal le recordó sus derechos y garantías con los que la Constitución de la República le asistía al momento de rendir su declaración y que en resumen la Fiscalía lo ha acusado y ha sido llamado a juicio por el cometimiento del delito de uso doloso de documento, tipificado y sancionado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal vigente, por lo que se le pidió que consulte a su abogado defensor sobre la conveniencia o no que presente su declaración y que sea escuchado por el Tribunal, quien luego de hacerlo manifestó libre y voluntariamente su deseo de declarar bajo juramento y dijo **DECLARACIÓN DEL ACUSADO: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH,** quien manifiesta: el día viernes 22 de marzo del 2002 recibí en mi casa una llamada telefónica del señor Ranft que era Gerente de Telemerc, para que nos reuniéramos y conociéramos la renuncia que estaba pensando, yo le pregunté si tenía alguna persona para que lo sustituyera y me manifestó que la señora Patricia Varela quien fue mi esposa luego el 7 de julio del 2005. Le pedí que venga el día lunes 25 de marzo del 2002; a eso de las 5 de la tarde apareció el señor Ranft, y le dije en presencia de mi esposa y la auxiliar de contabilidad y el señor Joel Rossi que en vista de que mi esposa iba a dar a luz que yo necesitaba asegurarme sobre el dinero que yo había ingresado a la Compañía y ordenó llenar a la señora Elizabeth Vega, asistente de contabilidad, le solicité que esté con un sello y el señor Joel Rossi Lazo puso el sello y el señor Ranft firmó la letra y me dijo ya viejito para que no llores. El día 26 de marzo nos juntamos en junta general de accionistas y el señor Ranft es el que renuncia por cuanto no tiene tiempo y propone a la señora Patricia Varela Campoverde para el cargo de Gerente General, en presencia de su padre y administrador de la compañía. El miércoles 26 el propio padre del señor Ranft hace el oficio para que mi esposa acepte la Gerencia General de la Compañía. Los primeros días de junio del 2002 fallece mi hermano mayor presidente de la Corporación San Francisco de Quito. Mi hermano me había

presentado al señor Francisco Monroy y, yo, le había propuesto que venga a trabajar como Director Administrativo de la Compañía. Una vez que el señor Monroy ingresa a la compañía le comunicó al señor Ranft. El señor Ranft le dijo al señor Monroy que había cuentas que aclarar. Le dice lo que más me preocupa es el préstamo al Lic. Vallejo de 94 mil dólares, el cual no ha reconocido. El otro documento lo tengo aquí, ambos firmados en originales con la firma y rúbrica del señor Ranft. Posteriormente, le llamé a arreglar las cuentas y me contesta el 7 de agosto del 2002 que posponga una semana más y nunca vino a arreglar las cuentas. El día 12 de Octubre me parece del 2002 el padre y la madre del señor Ranft presentan la primera denuncia a la Superintendencia de Compañías de que nos estamos farreando los activos de la compañía y que queremos perjudicarles a Ellos maquillando y alterando balances. Se presenta la madre; y, el padre se presenta como accionistas del 50 por ciento de la empresa. No he sido socio de este señor desde el año 2000, a partir de esto esa denuncia queda ahí. El 3 de enero del 2003 presenta una denuncia que me acusa de que estoy reteniendo unas dos letras de cambio de 45 mil y 100 mil, hace la inspección el señor Borja. Posterior a ese informe y de conformidad al reglamento de trámites. El señor Ángel Polivio Chávez manifiesta que el señor Ranft ha girado una letra de cambio por 100 mil dólares y le dice la Superintendencia, que si piensa que es ilegal acuda ante la justicia ordinaria. El día viernes 30 de enero del 2004 el padre del señor Ranft en una comunicación suscrita por él aparece pidiendo y solicitando se realice una junta general de accionistas. Él le masacró a mi esposa en forma cobarde, mi mujer tuvo que ser operada y a pesar de eso convocó a junta de accionistas el 6 de febrero del 2004. Él sabía de la junta. Mi mujer actuó con absoluto derecho, de acuerdo a lo que dice la Ley de Compañías y el estatuto de compañías. Se realiza la junta general, digo aquí tengo una copia de esta letra de cambio por la cual vamos a hacer el aumento de capital. Cuál era el objeto, acaso era involucrar la seguridad de mi hogar presentado una letra de cambio falsificada. Hago la junta para seguridad y tranquilidad, se hace una nueva convocatoria y se ratifica todo. Él tenía el derecho de impugnar dentro de los 30 días. A partir de esto se eleva a escritura pública el 7 de junio del 2004 el aumento de capital. Los documentos habilitantes no son formalidades sustanciales son ad litem. El que hace el aumento de capital es la compañía por tanto las compañías no comenten delitos. Yo había demandado al señor Ranft el pago de la letra de 45 mil dólares. Se revisó la contabilidad. El extracto es publicado en el periódico. La compañía no podía seguir parándose hasta que se decida el señor Ranft. La Jueza Octava de lo Civil le sentencia al señor Ranft al pago de la letra de cambio de 45 mil dólares. Me vi obligado a seguir el juicio de insolvencia y el señor Ranft fue declarado interdicto. La junta general determina que previo a una junta general en donde se ratifiquen las actuaciones de la Gerente General, proceda el Presidente de la compañía que es el Lic. Jaime Varela Manosalvas a renovar, hacer una novación. El 2005 el 28 de noviembre se

convoca a una nueva junta general de accionistas. Las decisiones tomadas por mayoría son vinculantes para el Gerente, funcionarios y empleados de la compañía. El señor Ranft era socio y accionista, por tanto estaba obligado a cumplir. Como la doctora Andino se enteró que había que firmar un convenio de novación, es decir, conoció. Ella muy maliciosamente presenta esta denuncia. Luego en el 2007 la doctora Andino pone un escrito diciendo que van aprobar por informe de la Superintendencia de Compañías. El señor Ranft presenta otra denuncia el 8 de diciembre del 2007. En ninguna parte de los informes se ha llegado a determinar que esa letra era falsificada. No había ningún sentido para que haya una falsificación. La Compañía al yo hacer de aporte de 30 mil dólares, se libraba de un pasivo que le estaba ahogando. En el 2007 está presentada una denuncia en contra de la Compañía en donde pide se disuelva la compañía. En la Superintendencia firma y acepta los balances hasta el 2005. A las preguntas de su defensor dice: me libró la letra en la Av. Amazonas y Río Topo en las Instalaciones de Telemerc S.A. él personalmente. En el anverso la que se obliga es la compañía y acepta el señor Ranft. La letra de cambio la exhibí al doctor Borja en el año 2003, por que no fue a la Fiscalía esa fecha. El aumento de capital no me comunicaron a mí, la que hizo el aumento de capital es la persona Jurídica Telemerc S.A. y la compañía debía determinar la responsabilidad del Gerente. **A las repreguntas que le puedan preguntar las otras partes procesales. MANIFIESTA QUE SE ACOGE AL DERECHO DEL SILENCIO POR CUALQUIER PREGUNTA QUE QUIERAN HACER LAS PARTES.**

6.4. TEORÍA DEL CASO Y PRUEBA PRESENTADA POR EL PROCESADO CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH. El procesado por intermedio de su abogado defensor, doctor Humberto Dueñas Veloz, expone su teoría del caso y dice que la prueba que va a aportar, es la testimonial, por lo que solicita a la Presidencia, se llame a su testigo: **1. TESTIMONIO DEL DOCTOR SEGUNDO JAIME AYALA MAZÓN,** portador de la cédula de ciudadanía nro. xx quien una vez tomado el juramento por parte del señor Presidente, advertido de la obligación que tiene de decir la verdad de todo cuanto supiere y fuere preguntado, bajo las prevenciones de ley, manifiesta que no se encuentra comprendido dentro de las prohibiciones del art. 126 del Código de Procedimiento Penal, dice: Se le pone a la vista un informe que consta del proceso. ¿Reconoce la firma y rúbrica del informe? A mí se me ordenó realizar un examen pericial comparativo de las firmas que reposan en el archivo de la Superintendencia de Compañías, una letra de cambio y compararla con las tarjetas índices del Registro Civil. Hecho las comparaciones. Se acerca al Tribunal e indica: Que existen similitudes gráficas, y las explica al Tribunal. Lo que me lleva a concluir que las dos firmas tienen una misma autoridad gráfica, es decir, de la misma persona. Soy perito durante 25 años, del Consejo de la Judicatura, soy documentólogo. Las firmas pertenecen a una sola personalidad gráfica y pertenecen al señor Ranft. El doctor Dueñas solicita que el informe

pericial que consta a partir de fojas 1441 a 1500 sean incorporadas en esta audiencia como prueba de inocencia del acusado Lic. César Vallejo. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo dice: en el juicio constan algunas firmas y en la ficha índice. Se comparó con la firma de la tarjeta índice; y una o dos firmas del proceso. Se utiliza los pantógrafos, normógrafos como instrumento de medición, cámaras fotográficas, el microscopio, las reglas de precisión y luces, el infocus. Yo acudí a la Superintendencia y me ayudaron a ubicar ese proceso y se encontraron dos fotocopias de esta letra de cambio. Se puede hacer la auto falsificación de un documento cuando uno tiene esa intención. La personalidad gráfica se mantiene. La parte documentológica: que es una fotocopia legible. Encontré que existe una personalidad que tiende a la poligrafía esto es minimizar o magnificar algunos trazos. Nosotros tendemos a hacer un mismo dibujo en nuestros trazos. En la tarjeta índice está la personalidad gráfica única y la copia contiene los mismos trazos originales. Soy doctor en Psicología Jurídica. Desde 1987 que vengo siendo perito debo haber realizado más de 5.000 exámenes. A las preguntas del señor Fiscal dice: la tarjeta índice es de 1995. Me dispuso que fuera perito el Tribunal Quinto. Mi trabajo tiene un costo y el señor Presidente del Tribunal fijó mis honorarios en cien dólares. Me pagó el señor Dueñas. A las preguntas del doctor David Vaca dice: Soy perito documentólogo. La Grafología es una ciencia que realiza exámenes comparativos, la Documentología estudia el documento y todo lo que contiene. Es un examen documentológico. Los documentos indubitados son documentos idóneos demostradamente públicos a quien se le toma como documento original para compararlo con las firmas cuestionadas. Dentro del juicio penal hay algunas firmas del señor Lothar Ranft Rivas, esas firmas que están dentro del juicio son indubitadas. No están las fotografías del proceso. La fecha de la tarjeta índice es de 1-06-1995, es decir uno de junio de 1995. Siempre se mantiene la personalidad gráfica si pasan muchos años. La escritura se va formando y llegando a una madurez escritural y con el paso del tiempo se va degenerando. Esa personalidad escritural se mantiene durante toda la vida de tal manera que se pueden comparar las firmas y rúbricas en ese rango de años. Se tomó la tarjeta índice y las firmas y rúbricas de la copia que está en la Superintendencia de Compañías. El señor Lothar Ranft no me dio firmas. No he pedido firmas al señor Ranft. La Providencia me ordena así. A parte de las fotografías de la tarjeta índice pedí una copia certificada de la tarjeta índice. A las preguntas del doctor Hugo Sierra. Juez del Tribunal, dice: tienen el mismo punto de ataque y el mismo de remate. A la firma hay que analizarla en conjunto. Lo importante es que haya más semejanzas que diferencias. La evolución de las firmas son diferentes por el paso del tiempo, que la escritura tiende a variar. Hay un automatismo gráfico que no se ha podido perderse. Hay trazos automáticos de la personalidad gráfica. A las preguntas de la doctora Pachacama, jueza del Tribunal, dice: la velocidad gráfica solo se puede analizar en firmas originales. Solo se analiza el dibujo la morfología y la

estructura. El Tribunal ordena en este momento que sea detenido el testigo doctor Jaime Ayala Mazón por haber faltado a la verdad al Tribunal en su declaración, es decir, haber cometido perjurio, motivo por el cual es aprehendido por el señor Policía de la Escolta Judicial que pertenece a este edificio judicial, ya que los miembros del Tribunal considera que no se necesita ser perito para poder darse cuenta que el perito está alterando la verdad, frente a los gráficos expuestos en gigantografías, que son contrarios a los que dice el perito, que lo hace bajo juramento. No se puede, por tener calidad de perito, venir a mentir al Tribunal. El doctor Dueñas continúa con su prueba y manifiesta: que se incorpore al juicio: la escritura pública de constitución de la compañía Telemerc; la escritura de reforma de estatutos de la compañía Telemerc S.A. fojas 318 a 331; documento certificado en la Notaría 18 del cantón Quito fojas 355, documento que es objetado por la Fiscalía y la parte acusación particular; el original del documento antes referido, impugnado nuevamente; informe pericial presentado por el Ab. Jorge Flores de fojas 441 a 448; las actas de junta general de accionistas del 28 de noviembre del 2005, fojas 210 a 212; certificación impresa de la Superintendencia de Compañías de fojas 229 del expediente; las juntas generales de accionistas del 15 de marzo del 2004 y 18 de febrero del 2004 fojas 240 y 242 respectivamente; 5. Certificados de honorabilidad objetados por Fiscalía; certificado de antecedentes de los Juzgados Penales, objetado por el señor Fiscal, por el documento de fojas 482 a 485; 8. Certificados de los Tribunales Penales; copia certificada por el Juzgado 13° de lo Civil de Pichincha, auto de calificación de la demanda de insolvencia. **6.5. TESTIMONIO DE LA PROCESADA PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE.** El Tribunal Penal procedió a indagar a la acusada PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, sobre el entendimiento de los cargos que la fiscalía formulaba en su contra así como la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrada culpable, se le intimó de su derecho que le garantiza la Constitución de la República del Ecuador así, que tenía derecho a un juicio imparcial ante su juez natural, razón por la que se encontraba en este Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, para su comparencia a juicio tenía derecho a la defensa como en efecto se encontraba defendida con su abogado doctor Jaime Tamayo Martínez, defensor particular, que tenía derecho a guardar silencio, a no auto inculparse, que podía o no contestar a las preguntas que se formulen, y que podía consultar a su abogado previamente a contestar todas y cada una de ellas, que su testimonio era el medio privilegiado de defensa y prueba a su favor, y será considerado por el Tribunal en el momento de resolver. El Tribunal le recordó sus derechos y garantías con los que la Constitución de la República la asistía al momento de rendir su declaración y que en resumen la Fiscalía la ha acusado y ha sido llamada a juicio por el cometimiento del delito de uso doloso de documento, tipificado y sancionado en los arts. 339, 340 y 341 del Código Penal vigente, por lo que se le pidió que

consulte a su abogado defensor sobre la conveniencia o no que presente su declaración y que sea escuchada por el Tribunal, quien luego de hacerlo, manifestó libre y voluntariamente su deseo de declarar y dijo: realmente me encuentro sorprendida de estar en estas circunstancias. El 25 de marzo del 2002 era gerente el señor Lothar Ranft, había escuchado que pedía que le firme una letra, ese día yo fui con el licenciado Vallejo y a eso de las 5 o 5 y media, el señor Ranft le dijo al Lic. Vallejo que le va a firmar la letra y vi firmar al señor Ranft la letra en mi delante. ME ACOJO AL DERECHO DEL SILENCIO A LAS PREGUNTAS DE LAS PARTES. La procesada por intermedio de su abogado defensor, doctor Jaime Tamayo Martínez, presenta la prueba siguiente: mi cliente lo que ha sido es conviviente del señor César Vallejo y después esposa y Gerente de la compañía Telemerc. No tiene ningún tipo de participación por lo tanto para demostrar lo que acabo de afirmar me permito introducir: el testimonio del señor Wilson Borja; en la parte documental voy a judicializar los siguientes documentos: el acta de junta extraordinaria de 28 de noviembre del 2005; la carta poder de fojas 215; la carta de fojas 355 del expediente; el acta de novación de fojas 855 y 957 en copia certificada; de fojas 1001 a 1018 obra copias certificadas del acto preparatorio de reconocimiento de firmas; certificados de antecedentes penales de fojas 1281 a 1284; certificados de antecedentes penales; escritura pública de aumento de capital de la compañía Telemerc; informe del doctor Wilson Borja Pérez de fojas 488 a 507; 4 certificados de honorabilidad, reconocidos firma y rúbrica; impresión de la página web de un recorte de prensa.

SÉPTIMO: DEBATE: A efectos de presentar, como cada actor procesal, considera probada su hipótesis de adecuación típica de los hechos, se concede la palabra a las partes procesales de conformidad a lo dispuesto por los arts. 302 y 303 del Código Procesal Penal, en el orden siguiente: **7.1. ALEGATO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El doctor Raúl Salgado, en representación de la Fiscalía, manifiesta: **a) En relación al procesado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH.** En esta audiencia solicité la presencia del perito autor de la experticia, también se solicitó la presencia de funcionarios de la Superintendencia quienes avalan haber visto la letra de cambio en original y la copia que reposa en la Superintendencia de Compañías. El art. 65 del Código de Procedimiento Penal (lee). **El delito de uso doloso de documento privado falso y se ha determinado la materialidad** con la presentación de una experticia en la cual su testimonio es el que tiene mayor eficacia probatoria aun cuando rectificó un mal entendido pero lo que, **lo que presenta aquí es lo que vale, este es el juicio,** lamentablemente se acogieron al derecho del silencio los procesados, sus declaraciones se hubiesen aprovechado para esclarecer mejor el hecho imputado. **No se ha presentado documento alguno de los motivos por los cuales ha obtenido los 100 mil dólares.** Se agregó por parte de la Fiscalía el acta y para no presentar la letra de cambio se hace la novación. El art. 341 del Código Penal (lee). El uso doloso requiere de dos pará-

metros esenciales para ubicar el daño, la voluntad y la conciencia. El falsificarle la firma y rúbrica se está atentando contra la fe pública porque con ese daño se ha realizado otros actos. Por todo esto solicito que al momento de deliberar se tome en cuenta la pericia del doctor Jorge Flores, en tal virtud solicito se dicte sentencia en contra del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO en calidad de autor del delito tipificado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal. **b) En relación a la procesada PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE,** manifiesta: durante la audiencia se ha podido determinar por el propio testimonio del procesado César Vallejo que manifestaba que su hoy cónyuge trabajaba en la compañía y que pudo ser utilizada, en tal virtud la fiscalía se ABSTIENE DE ACUSAR a la señora PATRICIA VARELA CAMPOVERDE. **7.2. ALEGATO DEL ACUSADOR PARTICULAR LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS.** Quién por intermedio de su abogado defensor doctor David Ricardo Vaca Jaramillo, manifiesta: durante la presentación de la prueba han escuchado al señor Lothar Ranft Rivas. El señor César Vallejo ha cometido el delito tipificado en el art. 341 del Código Penal. Se exhibió un documento que ahora entregan como original sin fecha dirigido a un señor Monroy, que nada tiene que ver este documento, el mismo que no tiene fecha por lo tanto es diminuto al cual se han hecho añadiduras. El acusado no presentó acusación particular en contra de Patricia Varela porque pensamos que fue una víctima de su marido. La defensa en las distintas etapas del proceso argumentó también que el presente caso es un asunto prejudicial, se ha dicho que la acción de este delito que se acusa ya ha prescrito. El delito se comete el 18 de febrero del 2004, la instrucción fiscal se inicia el 5 de febrero del 2009, es decir, 13 días antes de que se cumplan los 5 años para que la acción penal prescriba. Lee el art. 3 del Código de Comercio. Durante la fase de indagación previa, en la instrucción fiscal, el señor Vallejo pudo presentar la letra de cambio que se dijo que si existe. A quien le convenía no exhibir la letra al señor César Vallejo. Yo esperé que hasta este momento exhiba la letra de cambio. Se llega a decir que la letra de cambio se ha dado de baja y que por eso no se puede exhibir. Destruir la letra de cambio constituye un delito. La pericia de la defensa la solicitó cuando ya estuvo en el Tribunal. Durante la audiencia debía practicarse la pericia. Esta persona que vino a dar su testimonio de un informe indefendible cometió un delito flagrante, un delito de perjurio. Corresponde hacer un análisis de lo que fue el peritaje del Teniente Coronel Flores. Para las personas que no tenemos conocimientos técnicos la exposición del coronel Flores fue magistral, científica, técnica, didáctica, clarísima, el en su informe rectificó su conclusión. **En los delitos contra la fe pública el dolo se presume. Nadie puede beneficiarse de su propio dolo.** Por estas consideraciones, la acusación particular solicita se imponga el máximo de la pena establecida en el art. 341 del Código de Procedimiento Penal al señor César Vallejo, tomando en cuenta los agravantes, haber atentado contra el bien jurídico fe pública. **7.3. ALEGATOS DE LOS PROCESADOS: A)**

CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH. El defensor del procesado, manifiesta: las intervenciones han sido tan vacías, las intervenciones se han basado en un documento inválido. El informe del Teniente Coronel Jorge Flores que ha venido a cambiar las conclusiones, de una realizada que la sustentó en forma técnica. Este hecho se constituye en prueba plena para desvirtuar todo tipo de aspiración que busca la condena. Aquí se cometió un delito de perjurio en el informe o en su declaración. Lee las conclusiones del informe. El prejuicio con que actuó el Ministerio Público en ese tiempo hizo que se utilice un informe que no era concluyente. Si hay acciones que devienen, un informe que ha sido cambiado en esta audiencia y reconoce que en su informe ha cometido errores en su conclusión. Pasaron los años y ahora si encuentra causa para determinar que esa no es la firma del señor Lothar Ranft. El Coronel Flores cometió delito de perjurio al presentar el informe o en su declaración. Yo argumento la inocencia precisamente en este informe. Si convalidamos una actitud tan cambiante del perito. El documento carece de sustento porque no es concluyente no cumple con los parámetros de emitir conclusiones. La Fiscalía y la acusación no tienen más prueba, a nosotros no nos compete probar la inocencia. En relación a la prueba testimonial de la Fiscalía que no vinieron a probar absolutamente nada, más bien probaron que se giraron dos letras una de 45 mil dólares y otra de 100.000 dólares, que fue materia de la novación. Durante 5 años luego de conocer la presunta comisión del delito jamás concurrieron a autoridad alguna que no sea la Superintendencia de Compañías, pero les rechazaron. El acto administrativo fue legítimo. No impugnaron el documento que reconoce una obligación de 94 mil dólares. Las pruebas aportadas van con la intención de corroborar que el día 25 de marzo del 2002 el señor Lothar Ranft Rivas acudió a firmar la letra de cambio a favor del señor César Vallejo. No existe la comprobación material de la infracción, no existiendo la demostración de que exista un documento doloso, consecuentemente existiendo carencia de pruebas solicito que al momento de dictar sentencia se lo haga declarando la inocencia y solicito también se califique la acusación particular de maliciosa y temeraria. **b) ACUSADA PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE:** El defensor de la procesada, manifiesta: La justicia ha llegado para la señora Katherine, pero no ha llegado a todos. Tanto en el testimonio de los acusados han indicado de manera clara que ellos presenciaron que el señor Ranft firmó la letra de cambio. Se ha hecho mucho hincapié en el acta de novación. Se está afectando a la compañía porque está faltando a la verdad tanto el Ministerio Público como el acusador particular. Jamás se hizo esa novación para ocultar esa letra de cambio. Reitero el agradecimiento al señor Fiscal. Que prime la verdad, la justicia, la paz social. **OCTAVA:** Si bien el sistema oral exige la sustentación oral de las experticias y de toda la prueba en general, no es menos cierto que las pruebas deben actuarse respecto de los hechos controvertidos y no de los incontrovertidos o de aquellos sobre cuya verdad intrínseca y procesal

hay consenso; excepto de los que constituyen el núcleo del tipo penal y de los hechos que por sí mismos pueden acarrear una duda razonable. Se debe establecer que el Tribunal no puede referirse sino a las pruebas acusadas en el juicio y que deben responder a los principios generales: **DISPOSITIVO, CONCENTRACIÓN E INMEDIACIÓN**, como manda la norma contenida en el art. 168, numeral 6, de la Constitución del Ecuador, y **que el Juzgador solo puede resolver sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla, sobre la base de hechos reales, en la forma que les ha sido posible, a las partes, trasladar al conocimiento del juez y convertirla en verdad procesal en la que aparecen circunscritos los hechos**, que en el presente caso, valorando las pruebas producidas en la audiencia oral del juicio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo cual implica alcanzar una inferencia lógica con los niveles de certeza que el procedimiento penal permite, en un ejercicio de coordinación mental del juzgador entre los hechos, lo evidenciado a través de los medios de prueba, la lógica, la psicología, la experiencia y el sentido común como resultante de un proceso de modelación integral y específico de la personalidad del juez penal. La norma del art. 85 del Código de Procedimiento Penal puntualiza que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados; y el art. 252 *Ibídem* que “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”. Al efecto, el Tribunal considera que era obligación del señor representante de la Fiscalía General del Estado sobre quien descansa el impulso de la acusación en la sustanciación del juicio, probar su hipótesis de adecuación típica. Bajo estas premisas, el Tribunal pasa analizar si en el caso de autos se ha demostrado o no la existencia del delito. Sobre la existencia del delito, entendido el delito como **acto típico, antijurídico y culpable**, donde cada categoría dogmática tiene sus propios elementos que le dan contenido material al injusto, se debe empezar por el análisis de cada categoría dogmática en el orden indicado. **8.1. Sobre la categoría dogmática de la tipicidad.** Respecto de los elementos constitutivos del tipo objetivo: **a) Sujeto activo**, o actor del hecho, que según el tipo penal no es calificado, por lo que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, los acusados son personas naturales, como cualquier otro ciudadano, no calificado en razón de cargo, función o filiación; **b) Sujeto pasivo**, en el presente caso, la fe pública y el acusador particular Lothar Ranft, víctima o sujeto pasivo, a las que trata de proteger el legislador en este adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, siendo éste la seguridad pública, la seguridad social, el respeto al derecho ajeno, a no utilizar falsamente la firma de otra persona, en un documento forjado, en beneficio particular. **c) Objeto**, esto es, la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto, que al tratarse del delito tipificado y sancionado en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal, esto es, falsedad en instrumento privado, en este

caso letra de cambio, el Tribunal considera que se encuentra probado con el informe técnico pericial documentológico debidamente sustentado en la audiencia de juicio con el testimonio del perito documentólogo, Teniente Coronel de Policía doctor Jorge Remigio Flores Salazar, quien acreditó que la firma puesta en la letra de cambio de cien mil dólares americanos, suscrita por Lothar Ranft, **su firma no corresponde a la autoría la Lothar Ranft, no guarda similitud gráfica ni morfológica con la firma constante en la copia de dicha letra de cambio, que el estudio se basó, en varios documentos y específicamente en más de setenta firmas obtenidas para cotejar con certeza y llegar a la verdad, que la demostró en el Tribunal.** d) **Conducta, determinada por el verbo rector que según el tipo penal es “cometer”** y la acción propiamente dicha es **cometer una falsedad en instrumento privado, además de “usar” dolosamente**, es decir, evidenciar la acción de una persona en un resultado que no responde a la verdad ya en sí, ya aparente, es decir, que puede ser ideológica o material, esto es, ya sobre el contenido de las convenciones que estaba destinado a contener el instrumento, ya sobre la identidad y calidad de los intervinientes, entre otros, en el primer caso; y en el segundo, por lo contrahechura de escrituras por adición o alteración de firmas, etc. En el caso de autos la conducta prohibida se encuentra demostrada con los testimonios receptados, en especial del señor Teniente Coronel de Policía doctor Jorge Remigio Flores Salazar, y de los testimonios de Williams Gallegos, Ing. Carlos Haro Carrera, doctor Wilson Borja, doctor Eduardo Romero e) **Medios.** Los medios utilizados para la consumación de la conducta prohibida, pueden ser: firmas falsas, imitación o alteración de letras o firmas, inventar convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos; adición o alteración de cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar; más aún, la expresión de medios y modalidades no es taxativa sino ejemplificativa, cuando expresa. “ya por...” lo que implica que la falsedad puede ser cometida con cualquier medio o modalidad, que dé como **resultado un documento privado, falso**; en el caso que ocupa a la justicia este Tribunal encuentra que el acusado ha inventado una supuesta falsificación de firma en la letra de cambio emitida por Lothar Ranft, por la cantidad de cien mil dólares, a favor del procesado, es decir, A SU FAVOR Y EN SU BENEFICIO, CUYA FIRMA SE HA COMPROBADO QUE ES FALSIFICADA, y cuya letra de cambio fue utilizada para beneficiarse el procesado y perjudicar al acusador particular Lothar Ranft, imitando su firma en dicho documento para hacer creer en su legitimidad, con el que luego ejecutó actos para perjudicar económicamente a su socio Lothar Ranft, lo cual fue ejecutada su acción final para la que fue estructurado y concebido, el hecho doloso, lo que le permitió dejarlo casi sin parte en la compañía a su socio Lothar Ranft, medio utilizado que se encuentra probado con el informe técnico pericial documentológico y testimonios sustentados en la audiencia. En cuanto a los elementos del tipo subjetivo: conocimiento y voluntad de reali-

zación del tipo objetivo. Siendo el presente caso un delito de peligro, por el daño al bien jurídico, fe pública, que la ley penal trata de proteger, es necesario analizar si el hoy acusado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, tuvo conocimiento de los elementos que comportan esta conducta típica y si su voluntad se orientó a la realización efectiva del acto punible, lo cual en el transcurso de la audiencia se evidenció, con el informe técnico pericial documentológico, y los testimonios presentados por la Fiscalía, de los que aparece que actuó con conocimiento de lo que hacía y con voluntad para conseguir el fin doloso del engaño y perjuicio económico causado a su socio Lothar Ranft, **los testimonios fueron claros, unívocos, concordantes; razón por la cual, una vez que se ha demostrado que el tipo subjetivo ha incurrido en la conducta del hoy acusado, se declara la existencia de la categoría dogmática de la tipicidad.** 8.2. En cuanto a la **antijuridicidad formal** (desvalor de acción), y **antijuridicidad material** (desvalor de resultado) del acto típico acusado, el acusado no demostró haber actuado en virtud de alguna causal de justificación que enerve el desvalor de acción de su conducta, como tampoco ha desvirtuado “la puesta en peligro del bien jurídico protegido” (del desvalor de resultado), **estableciéndose que el acusado consumió la falsedad, en el documento dubitado, letra de cambio de cien mil dólares**, por cuanto la firma en dicho documento, no procede de la autoría gráfica del señor Lothar Ranft, la autoría pertenece a otra persona, la que la creó, para luego utilizarlo de manera dolosa, al engañar a la sociedad y perjudicarlo a su socio Lothar Ranft, con lo cual el Tribunal considera demostrada la categoría dogmática de la antijuridicidad. 8.3. **En cuanto a la culpabilidad** como mero juicio de reproche que realiza la sociedad a quien debiendo actuar de una manera lo ha hecho de otra distinta y al margen de la ley, dicho juicio tiene como soporte los siguientes componentes: la imputabilidad; la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad; y, la exigibilidad de otra conducta. 8.3.1. En el presente caso, el acusado no ha demostrado ser inimputable frente al Derecho Penal. 8.3.2. Tampoco alegó ni demostró el acusado que haya obrado en virtud de error de prohibición vencible o invencible; y 8.3.3. Es evidente que, en el caso que nos ocupa, si le era exigible al acusado otra conducta, como no tratar de engañar al acusador particular, ni a las autoridades de la Superintendencia de Compañías, presentando copias del documento falso, (letra de cambio de cien mil dólares) y perjudicar a su socio Lothar Ranft, por lo que es procedente el reproche social de su conducta. Configuradas así todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito, siendo procedente, por ende, entrar a analizar la autoría y participación en el mismo del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SHWARZENBACH, para cuyo efecto el Tribunal deja por sentado ciertas premisas dogmáticas. Para la teoría del injusto personal, le es esencial la relación con el autor. En los delitos dolosos, como en el caso que nos ocupa, es autor solamente sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se

destaca del mero partícipe, el que, o bien solo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión. **En el caso, el acusado tuvo el dominio fáctico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigido en forma planificada para alcanzar el fin propuesto en este caso ocasionar el perjuicio económico a su socio Lothar Ranft, utilizando para dicho (sic) una letra de cambio de cien mil dólares, falsificando la firma de Lothar Ranft,** conforme lo analizado en líneas anteriores, con lo cual la conducta del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, se enmarca en actos principales, directos e inmediatos tendientes a la perpetración del acto punible, que la ubican en la calidad de autor, por lo que el Tribunal infiere, fuera de toda duda, que el acusado, adecuó su conducta a los delitos tipificados y sancionados en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal. **NOVENO:** Los acusados no registran antecedentes policiales ni penales según ha quedado probado en el juicio. **DÉCIMO: La doctrina, en esta materia, expresa:** El que falsificare o alterar documentos o instrumentos públicos o privados será reprimido como autor del delito contra la fe pública; **la severidad de esta afirmación, se justifica porque se garantiza y protege un bien jurídico fundamental para la sociedad, como es la fe pública, interés primordial del Estado, que facilita además la seguridad jurídica.** Concordante a lo manifestado el art. 178 del Código de Procedimiento Civil, en torno a la falsedad del instrumento público, la ley, manifiesta lo siguiente: “Es instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del notario, por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que se hubiera anticipado o postergado la fecha de otorgamiento”. **Esta disposición tiene que ver igualmente con los instrumentos privados,** que es el caso que nos ocupa, por ello es necesario recordar, que la falsedad manifiesta de un instrumento **lo invalida, sin necesidad de prueba,** artículo 179 del Código de Procedimiento Civil. Para alegar la falsedad de un documento privado y reargüido como tal, hay que tener presente el ordinal 4° del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados **desde que se le citó y notificó la presentación** aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos”. Es decir, se cuenta con tres días, caso contrario, el documento hará tanta fe como si se tratara de un instrumento público, **pero siempre y cuando se lo haya citado y notificado para su reconocimiento.** En este caso de lo demostrado mediante prueba al Tribunal, no operó este hecho, se utilizó a espaldas de quien supuestamente había aceptado dicho documento. Cuando se entera el afectado, lo rechaza y no solo ello, se inicia como acción de protesta al ilícito, la acción correspondiente que nos ocupa, por lo cual manifiesta, **no haber aceptado dicho documen-**

to, que no es su firma la ahí impresa, que con ese documento forjado, se ha realizado otro hecho, un supuesto aumento de capital para beneficio exclusivo del señor Vallejo, con el cual, del cincuenta por ciento de acciones que tenía en la Empresa, se le ha reducido en sus acciones a una minoría insignificante, justo haciendo valer a sus espaldas, aquel documento falso. Como se puede observar, son dos cosas diferentes: **la objeción de legitimidad y el redargüimiento de falso.** La primera, hace relación con la persona que lo ha otorgado y las solemnidades del caso; y, la otra, con la verdad formal y sustancial; criterio judicial, que, aunque no se haya redargüido de falso un documento privado, si se objeta su legitimidad, éste tampoco prueba, pero para el caso ha sido objetado y mediante el testimonio del perito doctor Flores, se ha probado se trata de un documento falso, ya que la firma impresa en él, no corresponde al señor Ranft, por tanto existe uso doloso de instrumento privado falso. El art. 195, del Código de Procedimiento Civil, es tajante, para el reconocimiento de documentos privados, que tampoco se ha realizado y por el contrario, **otra persona ha firmado, suplantado al señor Ranft,** pero él ha negado que esa sea su firma y tampoco ha autorizado a nadie lo haga por él, de lo que se deduce nuevamente que el documento es falso. Dentro del trámite de esta causa, se ha tipificado a la infracción como: USO DOLOSO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO, por lo que es necesario, realizar una mayor explicación o un análisis del delito de falsificación. **La falsificación es una particular modificación de la escritura manuscrita,** y se clasifica, desde el punto de vista técnico en: a) Falsedad material; y, b) Falsedad ideal. **a) Falsedad material.** En las falsedades materiales por alteración, la mutación recae sobre un documento ya elaborado. Se introduce cambios a éste por agregación, supresión, o sustitución, **transformando en falso lo genuino.** No toda mutación del corpus documental, sin embargo, es esencial, es decir, extraña necesariamente una mutación del animus o contenido ideológico moral del escrito, **e inclina a falsedad.** Hay también mutación en las denominadas falsedades impropias por ocultación, supresión, y destrucción, que de alguna manera suponen una modificación del documento preexistente. En este caso de su condición o situación y de sus posibilidades de utilización o aprovechamiento. Las características comunes a la falsedad material, dice Silvio Ranieri, son: a) **La conducta, que consiste en el acto de hacer o adulterar o suprimir o destruir;** b) **El objeto material, que es el documento sobre el cual la conducta criminal recae;** c) **La voluntad del hecho, con conciencia de la falsedad.** Por eso, la falsedad material, puede efectuarse por el hecho de hacer un documento falso, en todo o en parte; por el hecho de adulterar un documento verdadero; y por el de imprimir o destruir, en todo o en parte, un documento. Debemos agregar, con el fin de darle un uso en beneficio de alguien, pero en perjuicio de otro. El Código Penal, en el Capítulo III, que habla De las Falsificaciones de Documento en General, artículos 337 y subsiguientes, tipifica la falsedad material, especialmente cuando manifiesta que:

“Serán reprimidos con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años los funcionarios públicos (cuando se trata de documentos públicos, pero que también es aplicable para los documentos privados, como dicen los artículos siguientes), que, en el ejercicio de sus funciones hubieren cometido una falsedad que consista: en firmas falsas; en alteración de actas, escrituras o firmas; en suposición de personas; y, en escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, en escritos u otras actuaciones judiciales, después de su formación o clausura. Para el doctor Jorge Zabala, “...por un principio lógico cuando se trata de la falsedad en documentos, el tipo base debería haber sido el que comprenda la cometida por el particular, por tanto este artículo tiene como finalidad tutelar la fe pública documental, en cuanto éste fija, materializa, perpetúa manifestaciones o declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad jurídicamente relevantes. El sujeto activo de falsificación total puede ser un particular, menos el propio otorgante del documento, el que, para la doctrina, se puede extender un documento ideológicamente falso, pero el documento será siempre genuino, en el sentido de que el papel dirá efectivamente lo que su autor ha puesto. Cuál es el autor, en este caso, el de la falsificación. **La falsificación es total, cuando son creados todos los elementos requeridos para que el documento tenga existencia real (en el contenido o en la forma); por ejemplo, el particular que fragua los actos originales o expide copias de documentos que no fueron emitidos por el supuesto aceptante, en el caso que nos ocupa, sino por quien deseaba beneficiarse del resultado, por medio de firma falsa.** DÉCIMO PRIMERO: El perito, Teniente Coronel y doctor en Jurisprudencia Jorge Remigio Flores Salazar, experto, que fue muy claro y didáctico, que trajo gigantografías, para hacer un análisis muy visible para las partes del documento dubitado, en lo que se refiere a la firma, así como, con una gran cantidad de documentos, en donde constaban firmas indubitadas, no habló de la temporalidad entre la firma dubitada y las que sirven de muestra de los documentos indubitados, que mientras más cercana sea la realidad, dos o tres años, el estudio permitirá veracidad, a diferencia de que mientras más tiempo transcurra para el cotejo entre una firma dubitada y las indubitadas, los rasgos diferirán y el cotejo no dará la claridad que requiere el Juez para su juzgamiento. Expresó entre varias características que deben ser consideradas para el examen a él encomendado, como la espontaneidad, **que en el caso existe retomas** (según el diccionario Encarta: “Volver a tomar, reanudar algo, que se había interrumpido”), **en la dubitada**, que la escritura es personalísima y es inconsciente, mientras que las indubitadas, están dentro de los 45 grados; que el inicio, no se produce con un arpón tan pronunciado como la firma que consta en la copia de la letra de cambio, materia de la investigación y del testimonio. Para fundamentar su estudio, acompañó doctrina de tratadista como: Guzmán, Roldán y Alegreti, especialmente con referencia a los peritajes en fotocopias, que dan datos unívocos y confirmaron el testimonio del perito. Fue claro al manifestar que el

informe que presentó en el año 2006, en alguna conclusión que se le objetó, se hizo, sin los adelantos técnicos científicos de actualización. Como su testimonio rendido en el Tribunal, es la prueba, según mandato legal (arts. 83 y siguientes del Código de Procedimiento Penal), rectificó cualquier malentendido y terminó manifestando que la firma de la letra de cambio, no pertenecía a la autoría del señor Lothar Ranft, debido a que en el estudio de la personalidad gráfica, se consideran todos los movimientos que se van incorporando a la conducta de manera inconsciente, que se traduce en su propia identificación, concluyó diciendo: Yo digo que esa firma que está en la copia de la letra no es la firma del señor Lothar Ranft. DÉCIMO SEGUNDO: De otro lado, es necesario considerar la actuación de los procesados, que rindieron testimonio sin juramento, dentro de su legítimo derecho consagrado en la Constitución, exclusivamente en la parte que les convino, expresar su criterio al Tribunal, pero que se negaron, también con su legítimo derecho a responder a los cuestionarios que podían hacer el fiscal y el acusador particular. No es menos cierto que las pruebas deben actuarse EN SU CONJUNTO, respecto de los hechos controvertidos y no de los incontrovertidos o de aquellos sobre cuya verdad intrínseca y procesal hay consenso; NO PUEDE TOMARSE UNA PARTE SI Y NEGARSE EN OTRA, excepto de los que constituyen el núcleo del tipo penal y de los hechos que por sí mismos pueden acarrear una duda razonable. Se debe establecer que el Tribunal no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y que deben responder a los principios generales: DISPOSITIVO, CONCENTRACIÓN E INMEDIACIÓN, como manda la norma contenida en art. 168, numeral 6, de la Constitución del Ecuador, y **que el Juzgador solo puede resolver sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla, sobre la base de hechos reales, en la forma que les ha sido posible, a las partes, trasladar al conocimiento del juez y convertirla en verdad procesal en la que aparecen circunscritos los hechos.** DÉCIMO TERCERO: En la etapa del juicio ha correspondido al Tribunal, escuchar, ver, oír, percibir, las teorías del caso de las partes, receptor las pruebas pertinentes, apreciarlas, en base a los principios de inmediación, oralidad, dispositivo, contradicción, concentración, que permiten apreciar con sana crítica que el delito cometido que se juzga ha sido cometido con voluntad y conciencia del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH; que se ha demostrado por un lado la materialidad de la infracción y por otro la culpabilidad del procesado, dejando al Tribunal para dictar sentencia condenatoria por estar cumplidos los presupuestos de los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal, porque además ha operado la autoría como lo dispone el art. 42 del Código Penal, porque la voluntad y conciencia manifestadas en el delito lo ha realizado con fines ilícitos. DÉCIMO CUARTO: El Tribunal considera, que todo delito, es en contra de la sociedad y que el bien jurídico protegido es el bienestar de la colectividad, en este caso la fe pública; que la sociedad busca el bien común, la tranquilidad, a no causar

daño de ninguna naturaleza a la humanidad, a cumplir con las leyes en general y particularmente en los juicios a la práctica del debido proceso consagrado en la Constitución para las partes procesales, por lo que en base a las consideraciones fácticas y legales demostradas en la audiencia de juzgamiento, se permitió en beneficio de las partes la práctica de los principios de oralidad, contradicción, concentración, “en reconocer a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”, inviolabilidad de los derechos de defensa, unidad y dispositivo y todas las garantías del debido proceso. **DÉCIMO QUINTO:** Con los antecedentes, consideraciones, análisis y conclusiones precedentes, este Tribunal de Garantías Penales, en ejercicio de su competencia y fundamentado en los artículos 82 y 84 de la Constitución de la República, 341, 340 y 339 del Código Penal, artículo 28, numeral primero, artículos 79, 304-A, 305, 309, 312, 315 y 316 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, 82 y 84 de la Constitución del Ecuador, este Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, acogiendo el pronunciamiento del representante de la Fiscalía General del Estado, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, dicta SENTENCIA CONDENATORIA en contra de: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHARZENBACH, cuya edad y más condiciones constan en esta sentencia, en calidad de AUTOR del delito tipificado y sancionado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal vigente, y se le impone la pena modificada de TRES AÑOS DE PRISIÓN, que cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones. Respecto a la procesada PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, por cuanto el señor representante de la Fiscalía General del Estado, se abstuvo de acusar, se dicta SENTENCIA RATIFICATORIA DE SU INOCENCIA. Se declara procedente la acusación particular presentada por LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS en contra del procesado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH. Ejecutoriada que sea esta sentencia, se oficiará a la Policía Judicial, para la aprehensión del procesado, a fin de que cumpla la pena correspondiente. Actúe el Dr. Juan Carlos Rivera Silva, Secretario titular de este Tribunal. Con costas. **Léase y notifíquese.**

f.) **Dr. Luis Fernández Piedra, Presidente del Tribunal.**
Dr. Hugo Sierra Gallardo, Juez. Dra. Jacqueline Pachacama, Jueza.

VOTO SALVADO

Dra. Jacqueline Pachacama, Jueza.

TRIBUNAL QUINTO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA. Quito, 09 de junio del 2010. Las 15h00.

VISTOS: En virtud del sorteo efectuado el día lunes 04 de enero del 2010, a las 11h21, constante de fojas 1408 del proceso; recibido el 07 de enero del 2010, a las 09h40, co-

rrespondió conocer a éste Tribunal Quinto de Garantías Penales. Avocamos conocimiento y para cumplir con las prescripciones legales señalamos día y hora para que se lleve a efecto la Audiencia de Juzgamiento Oral de los acusados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, en contra de quienes la señora Jueza Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 24 de junio del 2009, a las 15h36, dicta auto de llamamiento a juicio por considerarles presunto autor a CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH; y, presunta cómplice a PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, del delito tipificado y sancionado en el art. 341 del Código Penal, en concordancia con los arts. 42 y 43 íbidem. Auto ratificado por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 01 de octubre del 2009, a las 08h40. Radicada la competencia de esta causa, por el sorteo de ley, en este Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, una vez realizada la audiencia de juzgamiento respectiva, en la que se cumplieron los principios constitucionales de oralidad, concentración, contradicción y dispositivo, previstos en el numeral 6 del art. 168 y art. 169, de la Constitución de la República en vigencia, y demás principios y garantías del debido proceso; y, encontrándose esta causa en estado de dictar sentencia, para hacerlo considera:

PRIMERO: Por cuanto los ciudadanos ecuatorianos así como extranjeros que cometan delitos dentro del territorio de la República están sujetos a la Jurisdicción Penal del Ecuador y siendo el acusado de nacionalidad ecuatoriana en contra de quien se ha propuesto cargos por delito metido en territorio ecuatoriano se encuentran bajo la jurisdicción penal de la república del Ecuador, según lo estatuye el numeral 1 del art. 18 del Código de Procedimiento Penal; por otro lado, el numeral 5 del art. 17; numeral 1 del art. 21; y, numeral 1 del art. 28, 306, del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal como Juez pluripersonal es competente tanto por los grados, por las personas, por el territorio y la materia para conocer y resolver la presente causa. **SEGUNDO:** En la sustanciación de la causa, no se observa omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en su decisión; por lo que, declaramos su validez. **TERCERO: IDENTIDAD DE LOS ACUSADOS.** Los acusados se identificaron con los nombres de: CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, de 59 años de edad, nacionalidad ecuatoriana, domiciliado y residente en Cumbayá, Vía de Acuario s/n. lote 28, de estado civil casado, de profesión Asesor Aduanero y Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales; de instrucción superior, y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, de 38 años de edad, nacionalidad ecuatoriana, domiciliada y residente en Cumbayá, Urbanización los Eucaliptos s/n, casa 28, de estado civil casada, de oficio u ocupación empresaria; de instrucción Secundaria, domicilio residencia en Cumbayá, calle Francisco de Orellana Nro. 176, Barrio la Mandarina, de esta ciudad de Quito. **CUARTO: RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA**

DEL PROCESADO. 4.1. RELACIÓN PROCESAL. La señora Fiscal doctora Elba Garzón Miñaca a fs. 984 a 988, resuelve dar inicio a la Instrucción Fiscal, con fecha 05 de febrero del 2009, las 15h09, teniendo como antecedente la denuncia presentada por el señor LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, quien indica que: “TELEMERC S.A.”, es una compañía anónima, constituida el 29 de marzo del año 2000 mediante escritura otorgada ante el Notario Vigésimo sexto del Cantón Quito e inscrita en el Registro Mercantil del mismo Cantón el 11 de abril del mismo año. Conforme consta en la certificación emitida por la Superintendencia de Compañías, soy accionista de la compañía TELEMERC S.A., desde la fecha de creación de la compañía hasta el 26 de marzo del 2002, fui Gerente General de TELEMERC S.A. El día miércoles 18 de febrero del 2004, se llevó a cabo una junta general extraordinaria de accionistas; convocatoria firmada por el Gerente General de la empresa y publicada en el diario “La Hora” con fecha 5 de febrero del 2004, junta a la que no concurrí por cuanto difícilmente se puede leer todos los periódicos, todos los días razón por la que no me enteré de dicha convocatoria, ni tampoco se me comunicó en forma personal por parte de los administradores de la empresa. En el punto sexto de esta convocatoria consta “CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS DE LOS ACCIONISTAS” y en el punto siete dice: “AUMENTO DE CAPITAL”. El 15 de marzo del 2004, se lleva a cabo una nueva Junta General Extraordinaria de Accionistas de la Empresa, a la que tampoco concurrí por cuanto la convocatoria se publicó nuevamente por la prensa y jamás se me comunicó en forma personal. En el numeral 1 de esta convocatoria se lee “Ratificación del Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el día miércoles 18 de febrero del 2004”. Tanto a la junta celebrada el 18 de febrero como la del 15 de marzo, el único accionista que asistió fue el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, que a esa fecha era propietario del 50% de los derechos y acciones de la Compañía. En el acta de junta de accionistas del día miércoles 18 de febrero del 2004, en la parte referente a la “capitalización de crédito de accionistas”, consta que la compañía mantiene como acreedor al señor Lcdo. César Augusto Vallejo Schwarzenbach, por la suma de \$100.000, justificado con una letra de cambio cuya copia notarizada, se apareja al acta de la junta; letra de cambio que según la propia acta fue girada por el ex Gerente de la empresa, en este caso mi persona. Por la supuesta deuda existente, el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, solicita la compensación de crédito por un valor de \$30.000, dejando a la compañía con una obligación pendiente de \$70.000, por lo que una vez legalizado el aumento de capital por compensación de crédito el Gerente General de la compañía imputó como abono a dicha obligación la cantidad de \$30.000 dólares. Aumento de compensación de créditos que fue ratificado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas el 15 de marzo del 2004. Del certificado emitido por el Registrador Mercantil del Cantón Quito, consta que la señora Patricia Varela Campoverde fue designada como Gerente General de

la empresa el 27 de marzo del 2002, cargo que lo ha ejercitado hasta la presente fecha. Según los estatutos de la compañía el Gerente General ejerce la Representación Legal, Judicial y Extrajudicial, conjunta o indistintamente con el Presidente. Durante el tiempo que ejerciera mi cargo de Gerente General de la compañía TELEMERC S.A., no giré letra alguna a favor del señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, por lo que de existir el mencionado documento este no ha sido girado por mi persona, tanto es así que he solicitado por varias ocasiones se me presente el mencionado documento recibiendo del mencionado señor solo evasivas como respuesta...”

4.2. CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DEL ACUSADO. Concluida la etapa de Instrucción Fiscal y al término de la etapa intermedia, a fs. 1289 a 1295 la señora Fiscal, emite su dictamen que en las conclusiones manifiesta lo siguiente: “A través de las investigaciones realizadas especialmente de la pericia grafotécnica, realizada por el Abogado Jorge Flores S., perito criminalístico, respecto de la firma atribuida al ciudadano Lothar Enrique Ranft, obrante en el reverso de la COPIA DE LA LETRA DE CAMBIO que permanece anexa al expediente No. 888891 de la Empresa TELEMERC S.A., que mantiene la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, a fin de determinar si es de autoría, en las CONCLUSIONES, dice: “QUE LA FIRMA ATRIBUIDA A LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS OBRANTE EN LA COPIA DE LA LETRA DE CAMBIO FECHADA EL 25 DE MARZO DEL AÑO 2002, POR UN VALOR DE CIENTO MIL DÓLARES AMERICANOS, EMITIDA A FAVOR DE CÉSAR VALLEJO QUE PERMANECE ANEXA AL EXPEDIENTE nro. 888891 DE LA EMPRESA TELEMERC S.A., QUE MANTIENE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, NO GUARDA IDENTIDAD, RESPECTO DE SUS ASPECTOS Y CONSTRUCCIÓN GENERALES, CON LAS FIRMAS INDUBITADAS DEL CIUDADANO LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS, PORTADOR DE LA C.C. xx, POR LO QUE NO ES POSIBLE CONCLUIR DE MANERA INCUESTIONABLE QUE SU AUTORÍA LE CORRESPONDE AL CIUDADANO INDICADO”; estableciéndose la materialidad así como las contradicciones existentes en los informes de control emitidas por la propia Superintendencia de Compañías...”, “...documentos que en ningún momento fueron presentados en la Fiscalía, y que tampoco constan del expediente, pese a que se ofició a la Superintendencia de Compañías, se remitan todos los documentos. Por todo lo expuesto, se ha llegado a establecer que efectivamente los señores imputados, mediante el uso doloso de esta letra de cambio, realizaron varios actos como son el aumento de capital debidamente aprobado por la Junta General de Accionistas del 18 de febrero del 2004 y ratificado en Junta General Extraordinaria del 15 de marzo del 2004, aprobada por la Superintendencia de Compañías, mediante resolución nro. 05.Q.I.J.0124 del 10 de enero del 2005, e inscrito en el Registro Mercantil del Cantón Quito, el 29 de marzo del 2005, así como el convenio de novación, por la supuesta

compensación de créditos, realizada el 7 de Diciembre del 2005, es decir, utilizando un documento falso, han procedido a realizar actos que han perjudicado al denunciante, beneficiándose los imputados y no justificando en legal y debida forma el supuesto dinero que dicen fueron del señor Vallejo o del señor Antony Byrnes. En base a todo lo expuesto, considero que se encuentran configurados todos los elementos constitutivos tanto subjetivos como objetivos del tipo penal en relación, ya que se ha demostrado la existencia y relación del nexo causal, toda vez que, se encuentra probada la existencia material de la infracción, así como también existen graves indicios de participación en el hecho denunciado por parte de los imputados, por lo que estimo existe mérito para proseguir con la etapa de juicio, en consecuencia ACUSO A CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, de ser autores del delito de USO DOLOSO DE DOCUMENTO FALSO, tipificado y sancionado en los arts. 340 y 341 del Código Penal". De fs. 1340 a 1343 vta., la señora Jueza Séptima de lo Penal de Pichincha, con fecha 24 de junio del 2009, las 15h36, dicta auto de llamamiento a juicio, en contra de CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, por considerarles supuestos autor y cómplice respectivamente del delito tipificado y sancionado en el art. 341 del Código Penal, en concordancia con los arts. 42 y 43 ibídem. De fs. 1365 a 1374, dentro del recurso de apelación presentado por los acusados, la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito, con fecha 01 de octubre del 2009, las 08h40, en su parte resolutive manifiesta. "En razón de lo expuesto y toda vez que hay elementos suficientes, de los que se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de uso doloso de documento falso, y sobre la participación de estos procesados en calidad de autor y cómplice de este ilícito; conforme lo establece el art. 346 y art. 232 del Código de Procedimiento Penal, ha lugar a llamar a juicio a César Augusto Vallejo Schwarzenbach; y Patricia KATHERINE Varela Campoverde, cuyo datos y más generales de ley constan en el expediente, en calidad de autor el primero y de cómplice la segunda, del delito tipificado y sancionado en el artículo 341 del Código Penal, en concordancia con los artículos 42 y 43 ibídem...". **QUITO: EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO.** El Tribunal Penal procedió a indagar a los acusados CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, sobre el entendimiento de los cargos que la Fiscalía le formulaba en su contra, así como la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrados culpables, se les intimó de su derecho que les garantiza la Constitución de la República del Ecuador, así que tenían derecho a un juicio imparcial ante su juez natural, la razón por la que se encontraban en este Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. Para su comparecencia a juicio tenían derecho a la defensa como en efecto se encon-

traban defendidos por los doctores: Jaime Tamayo Martínez y Humberto Dueñas Veloz respectivamente; que tenían derecho a guardar silencio, a no auto inculparse, que podían no contestar a las preguntas que se formulen y que podían consultar a sus abogados previamente a contestar todas y cada una de ellas, que el testimonio de éstos era su medio privilegiado de defensa y prueba a su favor de aquello y será considerado por el Tribunal en el momento de resolver. En virtud de los principios de concentración, inmediación, unidad, dispositivo de la prueba y de contradicción se prosiguió con la audiencia de juicio, se pidió a los acusados pongan atención a las actuaciones del Fiscal para que puedan ejecutar su derecho a la defensa. En la etapa de la exposición del motivo de la acusación y relato circunstanciado de los hechos como de petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal, de la existencia o no del ilícito por lo que los acusados fueron llamados a juicio, como de la responsabilidad penal de los mismos, según lo que asegura la Fiscalía y a fin de establecer si estos elementos del tipo penal ha consumado o no la comisión del acto por el que ha motivado la causa cuya responsabilidad se imputa a los acusados. En representación de la Fiscalía General del Estado, el Doctor Raúl Salgado, quien expone su teoría del caso: Por denuncia del señor Lothar Enrique Ranft Rivas, quien indica ser socio de la Compañía Telemerc S.A., a la cual representó hasta el año 2002, como Gerente General, que el 18 de febrero del 2004, se ha convocado por la prensa para una junta general de accionistas, dentro de los puntos de la convocatoria constan la capitalización de crédito de los accionistas y un aumento de capital. El 15 de marzo del 2004, se realiza otra junta general de accionistas a la cual tampoco pudo concurrir, que era para ratificar el acta del 18 de febrero del 2004, en la cual consta que se mantiene como acreedor al señor César Vallejo por la suma de cien mil dólares, justificando con una letra de cambio que consta con la firma aceptada por el señor Lothar Ranft, quien indica además que en base a esa letra de cambio se hizo una compensación de crédito a favor del señor César Vallejo, quedando pendiente la cantidad de setenta mil dólares. El señor Ranft indica que cuando él fue gerente jamás suscribió dicho documento, por lo que considera que se le ha falsificado su firma y rúbrica. A continuación y a fin de probar la posición procesal o hipótesis de adecuación típica, procedió a solicitar las correspondientes pruebas, a cuyo efecto enunció la lista de testigos que deberán declarar y su presencia ante este Tribunal en su momento, acto seguido se recibió los testimonios de: **1. LOTHAR ENRIQUE RANFT RIVAS**, con cédula nro. xx, quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: soy mecánico titulado en Alemania, fui accionista y Gerente General de Telemerc S.A., 50% y 50% con el señor Vallejo. Como el señor Vallejo era amigo de mi padre en esa época me encontraba corriendo carreras en Europa y cuando regresé mi padre me presentó al señor Vallejo, para abrir un negocio de bodegas aduaneras, con una participación del 50 y 50, como al año y medio se

dieron problemas con el señor Vallejo renuncié a la Gerencia General, por un juicio de Inquilinato, a partir de eso sólo nos comunicábamos por teléfono. La señora Patricia Varela y César Vallejo, no nos permitían ingresar a la empresa. La Gerencia General asumió la señora Patricia Varela, donde se hizo el proceso para el aumento de capital con una publicación en el diario La Hora, los dos conocían perfectamente mis números de teléfonos de la casa, del trabajo, como para hacer el aumento por la prensa y dejarme con la participación mínima del 3 por ciento. Cuando me enteré que se hizo un aumento de capital y al revisar con mi abogada los documentos, encuentro una copia de una letra de cambio que reposaba en la Superintendencia de Compañías que no era mi firma. A partir de ahí no hemos tenido comunicación con el señor Vallejo y la señora Varela; y, lo que hemos tenido es juicios y nos encontramos en estas instancias. Yo no he acudido a ninguna junta, le pude haber mandado a mi abogada la Doctora Andino. Yo conocí sobre el aumento de capital mucho tiempo después cuando por un escrito que pedí a la Superintendencia de Compañías me dicen que ya no soy accionista del 50 por ciento sino con un porcentaje inferior. Se me hizo conocer que el señor Vallejo era acreedor de cien mil dólares pero no he firmado ninguna letra de cambio. A las preguntas de su defensor Doctor David Vaca dice: Me parece que debo ser socio con una acción minoritaria de la empresa Telemerc, a mí no me han comunicado que porcentaje tengo, debe saber mi Abogada. No supe de la Junta de Accionistas del 18 de febrero del 2004, no tuve ningún conocimiento del aumento de capital, no tuve conocimiento de la letra de cambio que se me atribuye por cien mil dólares, no he firmado ninguna letra. No he ratificado el aumento de capital. No he firmado ninguna letra de cambio como Gerente de Telemerc. He visto la copia de la letra de cambio y no es mía esa firma, me doy cuenta porque en Ranft, en la "t" al último hacen un cambio que yo no lo hago, y en la "R" empiezan con un gancho y yo no hago gancho, por esas razones me doy cuenta que no era mi firma, se puede decir que me ha sido falsificado y no me cabe la menor duda. A las preguntas del doctor Dueñas, abogado del acusado dice: debo haber tenido conocimiento, pero a esa edad nunca leí el Estatuto. No conocí la convocatoria. A la junta de 18 de noviembre del 2005 delegué a la doctora Andino para que asista. Se le pone a la vista el acta del desarrollo de la junta y dice: yo delegué para que comparezca le di toda la autorización a la doctora Alexandra Andino y ella no aprueba ratificar las acciones de la señora Patricia Varela, referente al aumento de capital. Por el valor de cien mil dólares no giré ninguna letra de cambio ni a favor de Telemerc ni del señor Vallejo, por eso hablamos de presunto uso doloso de documento falso. Estoy seguro de la falsificación del documento ya que la firma y rúbrica que constan en él no son las mías, no he realizado yo esa firma. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo, dice: No me acuerdo haber hecho convocatorias por la prensa para juntas. El original de la letra de cambio, no la he visto. Yo autoricé solo para que comparezca la doctora Alexandra Andino. Tenía 22

años cuando fui Gerente, los problemas se dieron por un juicio por inquilinato y ya estábamos viendo que la Empresa no era lo que el señor Vallejo había ofrecido y teníamos problemas económicos no se cubrían gastos fijos, en ese entonces el señor Lothar Ranft Logman mi padre era Presidente. Desconozco por qué no se me permitía entrar a la Empresa. Me di cuenta más o menos a los 8 a 10 meses. Luego que se hizo el aumento del capital estuvimos muy atentos al diario La Hora. La Doctora Andino no aprueba ratificar el aumento de capital. **2. SEÑOR WILLIAMS HENRY GALLEGOS CAIQUETÁN**, con cédula nro. Xx quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: soy auditor, ingeniero y post grado en alta gerencia, soy acreditado a la Fiscalía unos 5 años. Debo haber realizado unas 400 o 500 pericias. El informe es elaborado por mi persona a pedido de la doctora Elba Garzón, para realizar el allanamiento e incautación de la letra de cambio, en la Empresa ubicada en la Av. La Prensa y Pasaje Iturralde, de la ciudad de Quito, concurrimos con la señora Fiscal y agentes de la Policía, estaba la Gerente General señora Patricia Varela, procedimos a revisar la documentación y no encontramos la letra de cambio, fuimos al departamento de contabilidad y no encontramos documentación anterior a la fecha del informe esto es el 02 de julio 2008, no había documentación, no había documentación contable y financiera, tampoco habían en la computadora los archivos, pregunté a la señora Gerente la señora Varela y dijo que no están en las oficinas. No había contabilidad anterior al 2008. No se me presentó la letra de cambio o algún respaldo. A las preguntas del doctor David Vaca dice: del año 2008 si había documentación anterior al año 2008 no había ni copias ni en la computadora. La señora Gerente le dijo: que no se encontraba ahí la documentación y no me dijo donde se encontraba. La letra de cambio era de años anteriores, no observé ninguna letra de cambio ni documentación de respaldo. A las preguntas del doctor Dueñas, abogado de la defensa dice: lee el acta de posesión de perito en la Fiscalía. Realmente no conocía que letra de cambio era, no se me exhibió absolutamente nada. No se me dispuso realizar contabilidad de años anteriores al 2008. A las preguntas de doctor Tamayo dice: la Gerente adujo que la contabilidad tiene el contador y que trabaja ahí por horas. No se me exhibió ninguna acta de novación. **3. INGENIERO CARLOS ALBERTO CICERÓN HARO CARRERA**, con cédula nro. xx, quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: laboró desde el año 85 en la Superintendencia de Compañías actualmente en el departamento de auditoría e intervención. El informe que me están señalando el 1093, es del 21 de octubre del 2005, es un informe ampliatorio que me piden respecto de una observación que tiene relación con una letra de cambio de cien mil dólares y un aumento de capital, que en función al registro contable, se lo efectuó con compensación de créditos y en la que manifestó la discrepancia que hay entre lo que dice el informe de inspección del aumento de capital respecto a que el valor ingresó

a bancos contra las cuentas por pagar por la suma de cien mil dólares, frente a lo que comprobé con los estados de cuenta que manejaba la compañía. No encontré ningún depósito por cien mil dólares que haya efectuado el señor César Vallejo en todo el estado bancario. Los gastos que aparecían en la compañía eran registros que no tenían la documentación que soportaban esos valores en función de lo que determina el Reglamento de Comprobantes de Venta. Si conocí de ese aumento de capital en la documentación. Tengo conocimiento que esa documentación llegó hasta el Registro Mercantil. A las preguntas del doctor Vaca, abogado de la acusación dice: Me dirigí a Telemerc, me recibió algún empleado de la compañía, pero no me dejó ingresar y llamaron al Lcdo. César Vallejo, llegó y conversó conmigo, respecto de la letra de cambio de cien mil dólares. El señor me enseñó a mí, él tenía la letra en su poder, sacó de su bolsillo y me enseñó, era original. Yo le dije que me entregue una copia y lo hizo, la incorporé a mi informe, Anexo 4 fs. 572. A las preguntas del doctor Tamayo, abogado de la defensa dice: el informe del 21 de octubre del 2005, es un alcance a un informe anterior nro. 1025 de 5 de octubre del 2005. El origen de este informe es el reclamo de la señora Gloria Guadalupe Rivas García. No recuerdo cual fue el reclamo de la señora. La copia me entregó la señora Patricia Varela con un trámite que ingresó a la Superintendencia. **4. DOCTOR WILSON HERNÁN BORJA PÉREZ**, con cédula nro. xx, quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: Laboro en la Superintendencia de Compañías 30 años en el Departamento de Auditoría e Intervención: mi función es atender las peticiones de los socios de las compañías, en este caso de la Compañía Telemerc. El señor Ranft denunciaba algunos casos de mal funcionamiento de la compañía y fui a hacer una inspección, verificar y analizar los hechos frente a los documentos que presenta la compañía. No realicé ningún análisis del aumento de capital. Esa letra de cambio me entregaron una copia cuando fui a hacer la inspección me atendió la Gerente, la letra aceptada por el señor Ranft, creo que dentro de la denuncia dice que es falsificada, asunto que no me corresponde esgrimir. En el año 2003 me exhibió la letra original y me entregó una copia la Gerente (reconoce a la señora Gerente). A las preguntas del doctor Dueñas, abogado de la defensa, dice: lee un informe constante del proceso. Nosotros lo que hacemos es verificar lo que plantean las personas y por éstas transacciones entre las partes el señor Gerente de Telemerc, Lothar Ranft acepta una letra de cambio por cien mil dólares y otra por cuarenta y cinco mil dólares. Sobre estos gastos en el informe, no se justificaron los ingresos de ese dinero, pero fueron ingresados esos cien mil dólares, 90 en su asiento y 10 en otro asiento y a cambio de aquello acepta el señor Gerente y le gira la letra de cambio por cien mil dólares. De acuerdo a los documentos se indica que aceptó la letra en calidad de Gerente el señor Lothar Ranft Rivas y como acreedor el señor César Vallejo. A las preguntas del doctor Tamayo abogado de la defensa dice: En la primera inspección no recuerdo pero el señor

Vallejo si ha estado presente en otras inspecciones que he realizado. Siempre me atendió la señora Varela. Las inspecciones se han realizado por denuncia del señor Lothar Ranft. **5. TENIENTE CORONEL DE POLICÍA JORGE REMIGIO FLORES SALAZAR**, con cédula nro. xx quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: trabajo 23 años en la Institución policial, estoy acreditado al Consejo de la Judicatura, 13 años como perito. Yo fui solicitado por el doctor Miguel Jurado para realizar una experticia grafotécnica. El documento dubitado fue una copia de una letra de cambio fechada 25 de marzo de 2002, por cien mil dólares, aceptada por el señor Lothar Ranft, emitida a favor del señor Vallejo. Este documento forma parte del expediente 888881 de la empresa Telemerc, que reposa en la Superintendencia de Compañías. Para cotejar esa firma he tenido que buscar firmas indubitadas del señor Lothar Ranft. Teniendo la firma dubitada en documento fotocopiado y un cuerpo de escritura he procedido a realizar el análisis extrínseco e intrínseco, en el extrínseco se ven las partes formales y el intrínseco es más complicado realizar en fotocopias. Uno de los rasgos es la espontaneidad de las firmas, afirmo que encuentro diferencias sustanciales en la construcción de las firmas, existe falta de espontaneidad de la firma. Se puede ver la espontaneidad con las que se desarrollan las firmas indubitadas. Yo podría decir que en esta fotocopia se pueden observar retomas, existe una falta de continuidad, existe una diferencia de medición, las firmas indubitadas están dentro de los 45 grados. Hay que tomar en cuenta el paralelismo de las líneas. El acto de escritura es personalísimo y es inconsciente. El señor Lothar no inicia su firma con un gancho, aparece con un arpón o con un minúsculo arpón, no se produce con un arpón tan pronunciado. La firma dubitada fue construida con mucho menos espontaneidad, por lo tanto la firma que obra en la copia de la letra no es autoría del señor Lothar Ranft. Muchos peritos rechazan una pericia en fotocopias, las personas que realizamos esto nos limitamos a decir si es que la firma fue o no realizada por una persona. Lee el libro del autor Guzmán, otro de Roldán y otro Juan Carlos Alegreti, con referencia a los peritajes en fotocopias. La temporalidad de las firmas, es decir, que la firma cotejada debe ser de la misma época o dos o tres años de diferencia. El documento que verifiqué tenía las condiciones idóneas para realizarlo. Rectifico mi conclusión porque ese informe fue elaborado en el 2006 y a esa época muy poco se hablaba de esos términos y este tipo de pericias. Y digo que esa firma que está en la copia de la letra no es la firma del señor Lothar Ranft Rivas. Las firmas que realicé la experticia es del documento que reposa en la Superintendencia de Compañías. A las preguntas del doctor David Vaca, abogado de la acusación dice: en el cuerpo de escrituras se tomó todas las que constan y son unas 70 firmas aproximadamente, más las detalladas en el expediente. Se analizó las firmas del señor Lothar Ranft que constan del proceso. Se va al Registro Civil cuando no se puede obtener firmas contemporáneas, ahí le presentan la tarjeta índice de

cuando sacó la primera cédula. A las preguntas del doctor Dueñas, abogado de la defensa dice: reconoce el informe incluidas las conclusiones. Explica el informe. He manifestado que todas las retomas en las firmas dubitadas frente a las indubitadas, observé que hay diferencia que no hay espontaneidad frente a la indubitada. Reconozco que en mi informe existe un error tipográfico, por que pongo que son espontáneas, que las dos tienen un ritmo de velocidad medianamente veloz. El presionado es el daño que puede hacer la pluma sobre el papel, en el indubitado no se lo hace porque no se puede medir. En cuanto al grosor, explica que, los rasgos de una firma son las figuras importantes, aquí hay un trazo descendiente y un rasgo ascendente, cuando digo aquí hay un rasgo en forma de arpón y en otro no existe. Hay trazos que son mucho más finos que otros. Lo que digo en las conclusiones es que no guarda identidad y por lógica no es la firma del señor Ranft para ese momento yo tenía la convicción de que no guardan identidad. Cuando no hay identidad significa que no es igual. A las preguntas del doctor Tamayo dice: la personalidad gráfica son todos los movimientos que se van incorporando a su conducta de manera inconsciente que se traduce como un gesto propio. Algunos rasgos pueden ir cambiando pero se mantiene como por ejemplo las inclinaciones. La pericia era a la firma, no la fecha. La copia la obtuve de la Superintendencia. Podría ser una imitación, calco, mano guiada no lo sé. **6. SEÑOR JOSÉ EDUARDO ROMERO AYALA**, con cédula nro. xx quien acreditada su identidad y juramentado en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente: soy abogado 21 años trabajo en la Superintendencia de Compañías. Cualquier socio puede solicitar la presencia de un delegado para que no se inobserven las disposiciones de orden legal. Se evidenció que hubo un problema entre los accionistas. No recuerdo los apellidos pero reconoce a la doctora Andino, presente en esta sala. Yo debo tomar nota de los incidentes y consta el nombre del señor Vallejo. Cada vez que hay una junta el Intendente Jurídico designa un especialista jurídico. A las preguntas del doctor David Vaca, abogado de la acusación dice: las veces que me delegaron acompañé a la doctora Andino, creo que fueron 2 veces, si me permitieron ingresar a las juntas. A las preguntas del doctor Tamayo, abogado de la defensa dice: nunca vi la letra de cambio. **Continuando con la prueba la Fiscalía incorpora prueba documental:** diligencia previa de exhibición del Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha constante a fs. 460, impugnada por la defensa; diligencia de allanamiento, impugnada por la defensa por impertinente de fs. 897 a 970. **De la misma manera a fin de establecer si estos elementos del tipo penal se han consumado o no la comisión del acto, que ha motivado la causa, cuya responsabilidad se imputa a los acusados,** el abogado defensor de la acusación particular doctor David Vaca, presenta su teoría del caso y dice: de acuerdo con la denuncia que dio origen a esta acción penal y con la acusación particular se conoce que, el hoy acusador es accionista de la Sociedad Anónima Telemerc S.A., para el año 2004 a más de ser accionista se desem-

peñó como Gerente General. El día miércoles 18 de febrero del 2004 se lleva a cabo una junta de accionistas en la que se resuelve capitalizar créditos de los accionistas y aumentar el capital de la Compañía, para cumplir con éste propósito, se utiliza una letra de cambio que supuestamente había sido aceptada por Telemerc S.A., a través del Gerente General, por cien mil dólares. El 15 de marzo del 2004 se celebra una nueva Junta General Extraordinaria de Accionistas, con el propósito de ratificar la junta general extraordinaria de accionistas del 18 de febrero del 2004. El acto típico, antijurídico y culpable es que el señor Lothar Enrique Ranft Rivas accionista de Telemerc S.A., se entera que para la capitalización y aumento de capital, se ha utilizado una letra de cambio de cien mil dólares que él supuestamente había aceptado, como esto le llamó la atención, solicitó la letra de cambio, para ver si la firma le correspondía, pero no lo pudo hacer, por lo que acudió al lugar donde tenía que producir efectos jurídicos y fue a la Superintendencia de Compañías donde pudo observar que en efecto constaba una copia de la letra de cambio en la que se decía constaba la firma de él y pudo comprobar que esa firma no le correspondía y le había sido falsificada, es por estas razones y porque se utilizó este documento dolosamente que se presentó la respectiva denuncia y acusación particular en contra del señor César Vallejo. Delito tipificado en el capítulo relativo a los delitos contra la fe pública. **Continuando con la prueba la acusación particular incorpora prueba documental:** escritura de Aumento de Capital y Reforma de Estatutos de Telemerc S.A. de fs. 231 a 300; documento que obra a fs. 210 a 212, consiste en copia certificada de escritura; documentos que obran de fs. 302 a 366 que son los enviados desde la Superintendencia de Compañías. Impugnados por el abogado de la defensa por impertinentes; peritaje de fs. 441 a 458 del proceso; documento de fs. 895 a 970 que se refiere al allanamiento, impugnado por impertinente. **Para el mismo fin de presentación de los hechos que pudieran favorecer a su defensa como hipótesis de adecuación o de exclusión del tipo penal como petición práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia o no del ilícito según lo que ha asegurado la defensa,** se procedió a preguntar al acusado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, si era su deseo libre y voluntario el de ser escuchado por este Tribunal, para lo cual en forma previa el Tribunal le recordó sus derechos y garantías con los que la Constitución de la República le asistía al momento de rendir su declaración y que en resumen la Fiscalía le ha acusado y ha sido llamado a juicio, por lo que se le pidió que consulte a su abogado defensor sobre la conveniencia o no de que presente su declaración y que sea escuchado por el Tribunal, quien luego de hacerlo, manifestó libre y voluntariamente que desea rendir su testimonio y que éste desea hacerlo sin juramento. **TESTIMONIO DEL PROCESADO CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH,** quien dice: el día viernes 22 de marzo del 2002 recibí en mi casa una llamada telefónica del señor Ranft, Gerente del Telemerc S.A., me pide que nos

reunamos en Junta General Extraordinaria de Accionistas, para dar a conocer su renuncia a la Compañía, yo le pregunté si tenía alguna persona para que lo sustituyera y me manifestó que proponía a la señora Patricia Varela, ahora mi esposa. Le pedí al señor Ranft que venga a arreglar algunas cuentas de la Compañía. El día lunes 25 de marzo del 2002 a eso de las 5 de la tarde apareció el señor Ranft, y le dije en presencia de mi esposa, de la auxiliar de contabilidad señora Elizabeth Vega y del señor Joel Rossi, que en vista de que mi esposa iba a dar a luz que yo necesitaba asegurarme sobre el dinero que yo había ingresado a la Compañía y ordenó llenar la letra de cambio a la señora Elizabeth Vega, asistente de contabilidad, le solicité que esté con un sello y el señor Joel Rossi Lazo puso el sello. El señor Ranft firmó la letra y me dijo "ya viejito para que no llores". El día 26 de marzo nos juntamos en Junta General de Accionistas y el señor Ranft renuncia por cuanto no tenía tiempo y propone a la señora Patricia Varela Cam-poverde para el cargo de Gerente General en presencia de su padre que era el Presidente de la Compañía hasta el 2004. El miércoles 26 de propio padre del señor Ranft hace el oficio para que mi esposa acepte la Gerencia General de la Compañía. Los primeros días de junio del 2002 fallece mi hermano mayor en ese entonces Presidente de la Corporación San Francisco de Quito. Mi hermano me había presentado al señor Guillermo Monroy y le había propuesto que venga a trabajar como Director Administrativo de la Compañía y le comunicó al señor Ranft. El señor Ranft dice al señor Monroy, que había cuentas que aclarar y por escrito le pide que venga, en esos escritos le dice lo que más me preocupa es el préstamo al Lcdo. Vallejo, por el valor de 94 mil dólares, documento que he solicitado sea reconocido pero no se lo ha hecho. El otro documento lo tengo aquí, ambos firmados originales con la firma y rúbrica del señor Ranft. Posterior le llamé a arreglar las cuentas y me contesta el 7 de agosto del 2002 que posponga una semana más, porque tiene muchos viajes y nunca vino a arreglar las cuentas. El día 12 de octubre me parece del 2002, el padre y la madre del señor Ranft presentan la primera denuncia en la Superintendencia de Compañías, acusándome a mí y a mi esposa de que nos estamos farreando los activos de la Compañía y que queremos perjudicarles a ellos, maquillando y alternando balances. En esa denuncia se presentan la madre y el padre como accionistas del 50 por ciento de la Empresa. No he sido socio de éste señor desde el año 2000, a partir de esto esa denuncia queda ahí. El 3 de enero del 2003 presenta otra denuncia que me acusa de que estoy reteniendo unas dos letras de cambio, una de cuarenta y cinco mil y otra de cien mil dólares, hace la inspección el señor Borja. El señor Ángel Polibio Chávez en su informe manifiesta que por indicación del señor Ranft, éste ha girado una letra de cambio por cien mil dólares a favor de César Vallejo, y le dice la Superintendencia que si piensa que es ilegal acuda ante la justicia ordinaria. El día viernes 30 de enero del 2004, el padre del señor Ranft en una comunicación suscrita por él, aparece solicitando la Junta General de Accionistas, para que presente los balances. Se

convocó a Junta de Accionistas el 6 de febrero del 2004, para luego de 15 días, de acuerdo con los Estatutos. La convocatoria debía ser publicada por la prensa por ser Junta General Extraordinaria de Accionistas, para que tenga plena validez. Él sabía de la junta. Se realiza la Junta General digo aquí tengo una copia de esta letra de cambio por lo cual vamos a hacer el aumento de capital. Me pregunto ¿cuál era el objeto en falsificar una letra de cambio de cien mil dólares si requería cinco mil dólares para el aumento de capital?, no tenía sentido. Para seguridad se procede a una nueva convocatoria para ratificar todo. Él tenía el derecho de impugnar dentro de los 30 días. A partir de esto se eleva a escritura pública el 7 de junio del 2004 el Aumento de Capital. Los documentos habilitantes no son formalidades sustanciales son ad-litem. El que hace el aumento de capital es la Compañía por tanto las compañías no cometen delitos. Yo había demandado al señor Ranft el pago de la letra de 45 mil dólares. El 20 de diciembre se realizó un informe de inspección se revisó la contabilidad. 10 de enero se hace un informe jurídico el mismo que fue publicado en el periódico. La compañía no podía seguir parándose hasta que se decida el señor Ranft. El 24 de mayo del 2005, la Jueza Octava de lo Civil le sentencia al señor Ranft al pago de la letra de cambio de 45 mil dólares. Me vi obligado a seguir el juicio de insolvencia y el señor Ranft fue declarado interdicto y las acciones embargadas. El señor Ranft determina que previo a una junta general en donde se ratifiquen las actuaciones de la Gerente General, se proceda el Presidente de la Compañía que es el Lic. Jaime Varela Manosalvas a suscribir un convenio de novación por cien mil dólares, no por compensación de créditos. El 2005 el 28 de noviembre se convoca a una nueva Junta General de Accionistas. Las decisiones tomadas por mayoría son vinculantes para el Gerente, funcionario y empleados de la Compañía. El señor Ranft era socio y accionista por tanto estaba obligado a cumplir. La doctora Andino se enteró que había que firmar un convenio de novación es decir conoció, ella muy maliciosamente presenta esta denuncia. Luego en el 2007 la doctora Andino, pone un escrito diciendo que van a aprobar por informe de la Superintendencia de Compañías. El señor Ranft presenta otra denuncia el 8 de diciembre del 2007. En ninguna parte de los informes se ha llegado a determinar que esa letra era falsificada. No había ningún sentido para que haga una falsificación. La compañía al yo hacer el aporte de 30 mil dólares se libraba de un pasivo que le estaba ahogando. En el 2007 esta presentada una denuncia a la Superintendencia, donde piden se disuelva la Compañía. En la Superintendencia firma y acepta los balances hasta el 2005. A las preguntas de su defensor dice: me libró la letra en la Av. Amazonas y Río Topo en las instalaciones de Telemerc S.A. él personalmente. En el anverso la que se obliga en la Compañía y acepta el señor Ranft. La letra de cambio la exhibí al doctor Borja en el año 2003, ¿por qué no fue a la Fiscalía esa fecha?. El aumento de capital no me comunicaron a mí, la que hizo el aumento de capital es la persona jurídica Telemerc S.A. y la compañía debía determinar la responsabilidad del Gerente.

Manifiesta que se acoge al derecho del silencio por cualquier pregunta que quieran hacer las partes. TEORÍA DEL CASO Y PRUEBA PRESENTADA POR EL PROCESADO CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH. El procesado por intermedio de su abogado defensor, doctor Humberto (sic) expone su teoría del caso y dice: la prueba que va a aportar es la testimonial pide que se llame a su testigo: **1. DOCTOR SEGUNDO JAIME AYALA MAZÓN**, con cédula nro. xx quien acreditada su identidad y juramento en legal y debida forma, informa al Tribunal lo siguiente. Se le pone a la vista un informe que consta del proceso. A mí se me ordenó realizar un examen pericial comparativo de las firmas que reposan en el archivo de la Superintendencia de Compañías, una letra de cambio y compararla con las tarjetas índices del Registro Civil. Existen similitudes gráficas. Lo que me lleva a concluir que las dos firmas tiene una misma autoridad gráfica, es decir de la misma persona. Soy perito durante 25 años, del Consejo de la Judicatura, soy documentólogo. Las firmas pertenecen a una sola personalidad gráfica y pertenecen al señor Ranft. A las preguntas del doctor Jaime Tamayo dice: en el juicio constan algunas firmas y en la ficha índice. Se comparó con la firma de la tarjeta y una o dos firmas del proceso. Se utiliza pantógrafos, normógrafos como instrumentos de medición, cámaras fotográficas, el microscopio, las reglas de precisión y luces, el infocus. Yo acudí a la Superintendencia y me ayudaron a ubicar ese proceso y se encontraron dos fotocopias de esta letra de cambio. Se puede hacer la auto falsificación de un documento cuando uno tiene esa intención. La personalidad gráfica se mantiene. La parte documentológica que es una fotocopia legible. Encontré que existe una personalidad que tiende a la poligrafía, esto es minimizar o magnificar algunos trazos. Nosotros tendemos a hacer un mismo dibujo en nuestros trazos. En la tarjeta índice está la personalidad gráfica única y la copia contiene los mismos trazos originales. A las preguntas del señor Fiscal dice: la tarjeta índice es de 1995. Me dispuso que fuera perito el Tribunal Quinto. Mi trabajo tiene un costo y el señor Presidente del Tribunal fijó mis honorarios. Me pagó el señor Dueñas. A las preguntas del doctor David Vaca dice: la grafología es una ciencia que realiza exámenes comparativos, la documentología estudia el documento y todo lo que contiene. Es un examen documentológico. Los documentos indubitados son documentos idóneos, a quien se le toma como documento original para compararlo con las firmas cuestionadas. Dentro del juicio penal hay algunas firmas del señor Lothar Ranft Rivas, esas firmas que están dentro del juicio son indubitadas. La fecha de la tarjeta índice es de 1-06-1995. Siempre se mantiene la personalidad gráfica si pasan muchos años. La escritura se va formando y llegando a una madurez escritural y con el paso del tiempo se va degenerando. Esa personalidad escritural se mantiene durante toda la vida de tal manera que se pueden comparar las firmas y rúbricas en ese rango de años. Se tomó la tarjeta índice y las firmas y rúbricas de la copia que está en la Superintendencia de Compañías. El señor Lothar Ranft no me dio firmas. No

he pedido firmas al señor Ranft. La providencia me ordena así. A parte de las fotografías de la tarjeta índice, pedí una copia certificada de la tarjeta índice. A las preguntas del doctor Hugo Sierra, dice: tiene el mismo punto de ataque y el mismo de remate. A la firma hay que analizarla en conjunto. Lo importante es que haya más semejanzas que diferencias. La evolución de las firmas son las diferencias por el paso del tiempo; que la escritura tiende a variar. Hay un automatismo gráfico que no se ha podido perderse. Hay trazos automáticos de la personalidad gráfica. A las preguntas de la doctora Pachacama, Juez, dice: la velocidad gráfica solo se puede analizar en firmas originales. Sólo se analiza el dibujo, la morfología y la estructura. El Tribunal ordena en este momento que sea detenido el testigo doctor Jaime Ayala Mazón por haber faltado a la verdad en su declaración. El acusado a través de su abogado defensor, agrega como prueba documental lo siguiente: escritura pública de constitución de la Compañía Telemerc, escritura de Reforma de Estatutos de la Compañía Telemerc S.A. fs. 318 a 331; documento certificado en la Notaría 18 del Cantón Quito fs. 355, objetado por la fiscalía y la parte acusadora particular; Original del documento antes referido, impugnado nuevamente; informe pericial presentado por el abogado Jorge Flores de fs. 441 a 448; actas de junta general de accionistas del 28 de noviembre del 2005, fs. 210 a 212; certificación impresa en la Superintendencia de Compañías de fs. 229 del expediente; las actas de juntas generales de accionistas del 15 de marzo del 2004 y 18 de febrero del 2004 fs. 240 y 242 respectivamente; 5 certificados de honorabilidad objetados por Fiscalía; certificado de antecedentes de los juzgados penales, objetado por el señor Fiscal por el documento de fs. 482 a 485; 8 certificados de los Tribunales Penales; copia certificada por el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, auto de calificación de la demanda de insolvencia. **Para el mismo fin de presentación de los hechos que pudieran favorecer a su defensa como hipótesis de adecuación o de exclusión del tipo penal como petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia o no del ilícito según lo que ha asegurado la defensa**, se procedió a preguntar a la acusada PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, si era su deseo libre y voluntario el de ser escuchada por este Tribunal, para lo cual en forma previa el Tribunal le recordó sus derechos y garantías con los que la Constitución de la República le asistía al momento de rendir su declaración y que en resumen la Fiscalía le ha acusado y ha sido llamada a juicio, por lo que se le pidió que consulte a su abogado defensor sobre la conveniencia o no de que presente su declaración y que sea escuchada por el Tribunal, quien luego de hacerlo, manifestó libre y voluntariamente que desea rendir su testimonio y que éste desea hacerlo sin juramento. TESTIMONIO DE LA PROCESADA PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, quien dice: el 25 de marzo del 2002 era Gerente el señor Lothar Ranft, había escuchado al Lcdo. Vallejo que le pedía que le firma una letra de cambio, ese día yo fui con el licenciado Vallejo y a eso de

las cinco o cinco y media entró el señor Ranft le dijo al Lcdo. Vallejo que le va a firmar la letra y vi firmar al señor Ranft la letra en mi delante. Me acojo al derecho del silencio a las preguntas de las partes. El doctor Jaime Tamayo a nombre de su defendida PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPO-VERDE, expone su teoría del caso y dice: mi cliente era conviviente del señor César Vallejo y después esposa y gerente de la compañía Telemerc. No tiene ningún tipo de participación. El acusado a través de su abogado defensor, agrega como prueba documental lo siguiente. El testimonio del señor Wilson Borja; el acta de junta extraordinaria de 28 de noviembre del 2005; carta poder de fs. 215; carta de fs. 355 del expediente. Acta de novación de fs. 855 a 857 en copia certificada; de fs. 1001 a 1018 obra copias certificadas del acto preparatorio de reconocimiento de firmas, certificados de antecedentes penales de fs. 1281 a 1284; certificados de antecedentes penales actualizados; escritura pública de aumento de capital de la compañía Telemerc; informe del doctor Wilson Borja Pérez de fs. 488 a 507; 4 certificados de honorabilidad, reconocidos firma y rúbrica; impresión de la página web de un recorte de prensa. **SEXTO: DEBATE:** A efectos de presentar como cada actor procesal considera probada su hipótesis de adecuación típica de los hechos, se concede la palabra al representante de la Fiscalía General del Estado, a través del doctor Raúl Salgado, para que exponga respecto del acusado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, y al respecto manifiesta: en esta audiencia solicité la presencia del perito autor de la experticia, también se solicitó la presencia de funcionarios de la Superintendencia, quienes avalan haber visto la letra de cambio en original y la copia que reposa en la Superintendencia de Compañías. El delito es uso doloso de documento privado falso; y, se ha determinado la materialidad con la presentación de una experticia en la cual su testimonio es el que tiene mayor eficacia probatoria aún cuando rectificó un mal entendido, pero lo que se presenta aquí es lo que vale, lamentablemente el acusado se acogió al derecho del silencio sino si hubiese aprovechado para esclarecer mejor el hecho imputado. No se ha presentado documento alguno de los motivos por los cuales ha obtenido los cien mil dólares, donde consta que la empresa haya recibido los cien mil dólares, aquí se habla de noventa y cuatro mil sin lugar ni fecha. Se agregó por parte de la Fiscalía para justificar la existencia de la letra de cambio, el acta. Para no presentar la letra de cambio se hace la novación, como para decir que estamos frente a un asunto societario, pero aquí estamos frente a uso doloso de documento privado falso, que requiere de dos parámetros esenciales para ubicar el daño, la voluntad y la conciencia. Al falsificarle la firma y rúbrica se está atentando contra la fe pública, porque con ese daño se han realizado otros actos. Por todo esto solicito que al momento de deliberar se tome en cuenta la pericia del doctor Jorge Flores, en tal virtud solicito se dicte sentencia en contra del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO en calidad de autor del delito tipificado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal. **Para el mismo fin**

del debate el doctor David Vaca, abogado del acusador particular dice: durante la presentación de la prueba se ha demostrado que César Vallejo ha cometido el delito tipificado en el art. 341 del Código Penal. Se dice que el ingeniero Lothar Ranft no ha exhibido las acciones, lo cual no es determinante para demostrar que César Vallejo cometió el delito de uso falso de documento. Se exhibió un documento que ahora entregan como original, sin fecha, dirigido a un señor Monroy, dice que ahí se habla de una obligación distinta a la de los cien mil dólares, que nada tiene que ver este documento, el mismo que no tiene fecha, por lo tanto es diminuto y al cual se han hecho añadiduras y no prueba que César Vallejo no haya cometido el delito. Se habla de un poder dado a la señora Guadalupe Rivas, el cual tampoco prueba que no se cometió el delito cuando se utilizó para realizar la escritura de aumento de capital de la Compañía Telemerc. El acusador no presentó acusación particular en contra de Patricia Varela, porque pensamos que fue una víctima de su marido. La defensa en las distintas etapas del proceso argumentó también que el presente caso es un asunto prejudicial, pronunciamiento que fue desechado. Se ha dicho que la acción de este delito que se acusa ya ha prescrito, pero no se toma en cuenta lo establecido en el art. 101 del Código Penal, porque es claro que el delito se comete el 18 de febrero del 2004, la instrucción fiscal se inicia el 5 de febrero del 2009, es decir, 13 días antes de que se cumplan los 5 años para que la acción penal prescriba. Lee el art. 3 del Código de Comercio. Durante la fase de indagación previa, la instrucción fiscal, el señor Vallejo pudo presentar la letra de cambio que se dijo que sí existe, que la vieron los funcionarios de la Superintendencia de Compañías, entonces que no se diga que no hay delito porque la letra no ha podido ser objeto de pericia, sería lo mismo si pensáramos que no hay robo si no hay desplazamiento de la cosa ajena, o no hay asesinato porque no hay el cadáver. A quien le convenía que no se lleve a cabo la experticia. Yo esperé que hasta este momento exhiba la letra de cambio. En el proceso no existe la letra de cambio, porque se ha hecho una convención de novación, en alguna parte del proceso se llega a decir que a la letra de cambio se la ha dado de baja y que por eso no se puede exhibir, fs. 791 a 794. Dar de baja la letra de cambio, constituye destruirla, constituye el delito previsto en el art. 402 del Código Penal. La pericia la defensa la solicitó cuando ya estuvo en el Tribunal. Durante la audiencia debía practicarse la pericia. Esta persona que vino a dar su testimonio de un informe indefendible cometió un delito flagrante de perjurio. Corresponde hacer un análisis de lo que fue el peritaje del Teniente Coronel Flores. Para las personas que no tenemos conocimientos técnicos la exposición del Coronel Flores fue magistral, científica, técnica, didáctica, clarísima, el perito en su informe rectificó su conclusión, no para desnaturalizar sino para mejorar su informe, él dijo que no puede haber cuestionamientos en la firma, dice que esa firma no le pertenece al señor Lothar Ranft Rivas. En los delitos contra la fe pública el dolo se presume, como el uso doloso de documento falso se ha producido, porque

existe el documento en la Superintendencia de Compañías. Nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Por estas consideraciones que la acusación particular solicita se imponga el máximo de la pena establecida en el art. 341 del Código Penal en contra del señor César Vallejo, tomando en cuenta que el delito se lo efectuó con los agravantes del art. 30 del Código Penal, haber atentado contra el bien jurídico fe pública.

Para el mismo fin del debate el doctor Humberto Dueñas, abogado del acusado dice: las intervenciones han sido tan vacías que se han basado en un documento inválido, que no debe hacerse cuando se trata de pericias documentológicas, me he quedado estupefacto cuando viene el perito Teniente Coronel Jorge Flores con tantos laudos, y en el informe ha venido a cambiar una realidad que no se ha realizado, dice que realizó la pericia hace cuatro años, dice que demostró la falsificación, que este hecho constituye prueba plena para desvirtuar todo tipo de aspiración que busca la condena, éste es el análisis cuando el perito defendía lo indefendible, para cambiar la conclusión de su informe. Aquí se cometió un delito de perjurio en el informe o en su declaración. Lee las conclusiones del informe y dice: “que la firma atribuida a Lothar Enrique Ranft Rivas obrante en la copia de la letra de cambio fechada el 25 de marzo del año 2002, por un valor de cien mil dólares americanos, emitida a favor de César Vallejo que permanece anexa al expediente nro. 888891 de la empresa Telemerc S.A., que mantiene la Superintendencia de Compañías, no guarda identidad, respecto de sus aspectos y construcción generales, con las firmas indubitadas del ciudadano Lothar Enrique Ranft Rivas, portador de la C.C. xx por lo que no es posible concluir de manera incuestionable que su autoría le corresponde al ciudadano indicado”. El prejuicio con que actuó el Ministerio Público en ese tiempo, que con toda la mala fe hizo que se utilice un informe que no era concluyente. Si hay acciones que devienen, un informe que ha sido cambiado en esta audiencia y reconoce que en su informe ha cometido errores en su conclusión. Pasaron los años y ahora sí encuentra causa para determinar en forma incuestionable y que a su decir no presenta duda, que esa no es la firma del señor Lothar Ranft. El Coronel Flores cometió delito de perjurio al sustentar el informe que ha sido cambiado en esta Audiencia con su declaración, cuando de su propia voz dice que ha cometido errores. Un informe debe ser preciso, fundamentado. También dice que reconoce que se ha expresado mal para establecer las conclusiones. La pericia no pudo determinar la autoría. Tenemos que investigar qué pasó para que se cambie la sustancia, la esencia del informe y retractarse de manera expresa por lo que el Coronel Flores cometió el delito de perjurio. Yo argumento la inocencia precisamente en este informe. Si convalidamos una actitud tan cambiante del perito. El documento carece de sustento porque no es concluyente no cumple con los parámetros de emitir conclusiones. La Fiscalía y la acusación no tienen más prueba, a nosotros no nos compete probar la inocencia. La Fiscalía debe demostrar la culpabilidad, la existencia material de la infracción, con este cambio de criterio del perito pre-

tende demostrar la existencia material de la infracción. En relación a la prueba testimonial de la fiscalía, los testigos no vinieron a probar absolutamente nada, más bien probaron que se giraron dos letras una de 45 mil dólares y otra de 100 mil dólares, la primera por la que fue declarado insolvente y la otra que fue materia de la novación. La acusación particular dice que faltando 13 días para que prescriba, se inició la acción, durante 5 años luego de conocer la presunta comisión del delito jamás concurrieron a denunciar a autoridad alguna que no sea la Superintendencia de Compañías, pero les rechazaron, porque era un acto administrativo legítimo, fue otorgado por escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. No impugnaron el documento que reconoce una obligación de 94 mil dólares, que se lo hizo porque el señor Lothar Ranft canceló seis mil dólares y reconoció su firma y rúbrica. Las pruebas aportadas van con la intención de corroborar que el día 25 de marzo del 2002, el señor Lothar Ranft Rivas acudió a las instalaciones de Telemerc y suscribió la letra de cambio a favor del señor César Vallejo, hecho que se complementa con el testimonio de César Vallejo y Patricia Varela, por lo que no puede sustentarse la acusación con este informe, consecuentemente no existe la comprobación material de la infracción, no existiendo la demostración de que exista un documento doloso, consecuentemente existiendo carencia de pruebas solicito que al momento de dictar sentencia se lo haga declarando la inocencia y solicito también se califique la acusación particular de maliciosa y temeraria. A efectos de presentar como cada actor procesal considera probada su hipótesis de adecuación típica de los hechos, se concede la palabra al representante de la Fiscalía General del Estado, a través del doctor Raúl Salgado, para que exponga respeto de la acusada PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE, y manifiesta: durante la audiencia se ha podido determinar por el propio testimonio del procesado César Vallejo que manifestaba que su hoy cónyuge trabajaba en la Compañía y que pudo ser utilizada, en tal virtud la Fiscalía se ABSTIENE DE ACUSAR a la señora PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE. Para el mismo fin de debate el abogado defensor de la acusada manifiesta: la justicia ha llegado para la señora KATHERINE, porque no hay la existencia material de la infracción, de la falsificación y peor del uso doloso de documento, pero no ha llegado a todos. Tanto el testimonio de los acusados han indicado de manera clara que ellos presenciaron que el señor Ranft firmó la letra de cambio. Se ha hecho mucho hincapié en el acta de novación. Se está afectando a la Compañía porque se está faltando a la verdad tanto el Ministerio Público. Jamás se hizo esa novación para ocultar esa letra de cambio de cien mil dólares, que fue compensada por treinta mil dólares y quedó un saldo de setenta mil dólares. El art. 479 del Código de Comercio dice que las acciones para la letra de cambio prescriben en tres años. El 7 de diciembre de 2005 se hizo la novación, que no fue para tergiversar los hechos en perjuicio del señor Lothar Ranft. Reitero el agradecimiento al señor Fiscal. Que prime la verdad, la justicia, la paz social.

El Tribunal pregunta al procesado César Vallejo que pide y dice: soy inocente de los cargos soy incapaz de cometer este delito. No he sido jamás prófugo de la justicia. Soy un hombre honrado y honesto. **SÉPTIMO: FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL:** Bajo los presupuesto fundamentales de presunción de inocencia, formulación oficial de cargos, intimación del mismo y de no autoinculpación, la finalidad del juicio consiste en la justificación en la Audiencia Pública de Juzgamiento (juicio) y ante el Tribunal Penal de la existencia de la infracción que se juzga y la responsabilidad de los acusados para según corresponda ratificar su inocencia o condenarlos, siendo en esta etapa en la que se decide la situación jurídica procesal de los acusados y donde deben practicarse todos los actos procesales de prueba necesarios e idóneos que deben aportar las partes o sujetos de la relación procesal ante el Tribunal, para justificar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados que permita al Tribunal tener la certeza de la existencia del delito como la culpabilidad de los acusados. Al efecto establece la Constitución del Ecuador en su art. 168 numeral 6, “que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias; se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. La finalidad de la prueba de acuerdo a lo establecido por el art. 85 del Código de Procedimiento Penal es determinar tanto la existencia de la infracción punible como la responsabilidad penal de los acusados y el art. 252 *ibídem*, puntualiza que la “Certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrán de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de Instrucción Fiscal”. **Las investigaciones realizadas en la etapa de instrucción fiscal y las experticias realizadas para justificar la materialidad de la infracción alcanzan el valor de prueba cuando son sustentadas y valoradas en el juicio,** acción que se consideran como “La incorporación” de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de instrucción fiscal no como institución procesal sino como medio para alcanzar que las evidencias acopiadas en la instrucción fiscal y las aportadas en la audiencia de juicio adquieran la categoría de prueba por haber sido actuadas ante el correspondiente órgano jurisdiccional, por eso **las versiones recibidas por el Fiscal alcanzan el valor de prueba cuando son ratificadas por quienes lo rindieron en el curso de la audiencia de juzgamiento** y los anticipos de prueba cuando son incorporados al juicio, es decir, **la prueba producida tendrá validez únicamente si hubiere sido solicitada, ordenada, actuada e incorporada al proceso, de conformidad con la ley procesal penal ante el juez,** esto es ante el órgano conforme lo disponen los artículos 79, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal y en cumplimiento de los principios fundamentales de legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso dispositivo y de contradicción en la presentación de las pruebas aplicando los

principios de proporcionalidad, unidad y concentración, independencia, publicidad y otros puntualizados en los artículos 75, 76, 77, 168 y 169 de la Constitución de la República. En materia Penal la prueba es material, testimonial y documental. **La prueba material.** Según lo dispone el art. 91 del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios en los instrumentos con las que se cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado con la debida cadena de custodia para ser presentada en la etapa del juicio, mediante los correspondientes reconocimientos periciales y ser valorados por los tribunales penales, peritajes que deben ser practicados por peritos acreditados por el representante de la Fiscalía General del Estado; **La prueba testimonial.** Consiste en las declaraciones que hacen terceras personas no relacionadas con el juicio entre las cuales no pueden estar el ofendido, el acusado ni el coacusado y luego las declaraciones del ofendido y de los acusados bajo condiciones específicas en este caso no existe ofendido, pues la declaración de los acusados se constituye en medio de prueba y defensa en su favor para que surta tales efectos deben guardar armonía con el resto de pruebas o simplemente será la única actuada. Dentro de las declaraciones de terceras personas hay quienes pueden declarar sobre los hechos materia de enjuiciamiento penal por haberles constado personalmente los hechos o partes de ellos constitutivos del inter criminis, quienes en virtud de su calidad de expertos, acreditados con peritos sustentarán en forma oral los hallazgos y conclusiones científicas a las que hayan arribado luego de haber analizado las evidencias puestas en su pericia según su requerimiento legal de acuerdo a la especialidad de su ciencia y conocimiento y aquellos que, en ejercicio del principio de contradicción consagrado en la Constitución, que sustente la posibilidad de exclusión de esta prueba. **La prueba documental.** Consiste en los documentos públicos y privados según lo establece el art. 145 del Código de Procedimiento Penal, la manera de incorporarlos a juicio y la calidad y eficacia probatoria de ellos en el sistema oral dentro del modelo de garantías dependen de la calidad del documento, así hará fe en juicio penal y no requerirá de la comparecencia del otorgante cuando se trate de documentos públicos sobre los que la ley establece fe pública por la calidad de funcionario otorgante, salvo en los casos que se alegue falsedad o falsificación de tal instrumento en cuyo caso se estará atento a las normas de prejudicialidad y pesquisa directa según sea el caso, ya sea de falsedad ideológica ya de falsedad evidente o falsificación, contrahechura, etc. material en todos los demás casos deberá comparecer el otorgante para establecer la verdad del contenido de ellos a través de interrogatorio y contrainterrogatorio. En virtud del principio de libertad de la prueba pueden presentarse otros medios de prueba que puedan aportar al conocimiento de los hechos con rigor científico en la estructura de ese conocimiento y que de igual forma serán valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. **CAMPO DE PRUEBA.** Para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra

de los acusados y sobre los cuales éstos deben responder, según lo prescribe el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, es preciso establecer que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista por lo que en la referencia de la prueba se circunscribe a los hechos pudiendo diferir los criterios de adecuación típica penal de la conducta incriminada. **Todos los hechos y circunstancias que se refieren al caso que se juzga deben ser probadas por algunos de los medios taxativamente previstos por la Ley Procesal Penal** (art. 84, ibídem). El Tribunal apreciará y valorará la prueba legalmente actuada con observancia de las reglas de la sana crítica art. 86 ibídem. **OCTAVO:** Nuestra legislación, en el art. 339 del Código Penal indica: “Falsificación de instrumentos públicos, escrituras de comercio, contratos de prenda u otra actuación judicial. 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 cualquiera 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 la cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar”. El art. 340 del Código Penal al referirse a la falsificación de instrumentos privados establece: “el que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumento privado a excepción de los cheques, será reprimido con dos a cinco años de prisión y el art. 341 ibídem indica que: “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”. El art. 250 del Código de Procedimiento Penal establece: “En la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios **para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado** para, según corresponda, condenarlo o absolverlo” precepto legal que tiene concordancia con lo que determina el art. 85 ibídem que indica que “la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal del procesado”; y, en el contexto de las disposiciones legales, es preciso señalar **que de autos no consta prueba idónea y suficiente para establecer la materialidad o existencia de la infracción ni la responsabilidad del acusado** por el delito que se juzga, puesto que la única prueba que consta en el proceso **es la copia simple de la letra de cambio** de la cual no se puede establecer si dicho documentos sea falso o no, ya que al no constar del juicio los originales del documento que supuestamente ha sido falseado, no existe sustento que sirva al juzgador para que se pronuncie en lo fundamental. Las pruebas aportadas en la Audiencia analizadas en su conjunto y a la luz de la sana

crítica, ponen al juzgador una marcada duda, con respecto a la existencia material del delito, en vista de que, si bien es cierto que el acusado indica que le entregó una copia de la letra de cambio a la Superintendencia de Compañías, y que la Fiscalía sustenta su acusación en el hecho de que con la letra de cambio de cien mil dólares se han ejecutado una serie de actos como son el aumento de capital debidamente aprobado por la Junta General de Accionistas del 18 de febrero del 2004 y ratificado en junta general extraordinaria del 15 de marzo del 2004, así como el convenio de novación, por la supuesta compensación de créditos, realizada el 7 de diciembre del 2005, es decir, utilizando un documento falso, han procedido a realizar actos que han perjudicado al denunciante, beneficiándose los imputados; sin embargo **no se ha entregado esta evidencia al Tribunal**, por lo que no ha podido operar el principio de contradicción de la prueba, más aún cuando el perito Coronel Jorge Flores, designado por la Fiscalía, ha indicado que **la experticia la ha realizado en las copias simples de la letra de cambio**, cuando la técnica nos indica que no es posible ningún tipo de experticia en copias menos aún simples, puesto que para llegar a una conclusión categórica (de confirmación o rechazo de la hipótesis) es indispensable que las muestras de estudio que no son sino parte de la muestra dubitada, reúnan las condiciones técnicas de idoneidad, caso contrario el perito grafotécnico debería formular una conclusión abstentiva, ya que la condición de las muestras o mejor dicho su idoneidad se ha visto afectada, como en el presente caso, imposibilitando de esta manera que el Juzgador tenga la certeza de la existencia material del delito, sobre todo cuando el perito en la audiencia de juzgamiento indicó que: teniendo la **firma dubitada en documento fotocopiado** y un cuerpo de escritura he procedido a realizar el análisis extrínseco e intrínseco, en el extrínseco se ven las partes formales y el **intrínseco es más complicado realizar en fotocopias**, sembrado aún más la duda en el juzgador cuando en las conclusiones del informe indica “que la firma atribuida a Lothar Enrique Ranft Rivas obrante en la copia de la letra de cambio fechada el 25 de marzo del año 2002, por un valor de cien mil dólares americanos, emitida a favor de César Vallejo que permanece anexa al expediente nro. 888891 de la empresa Telemerc S.A., que mantiene la Superintendencia de Compañías, no guarda identidad, respecto de sus aspectos y construcción generales, con las firmas indubitadas del ciudadano Lothar Enrique Ranft Rivas portador de la C.C. xx por lo que no es posible concluir de manera incuestionable que su autoría le corresponde al ciudadano indicando”, mientras que en su testimonio ante el Tribunal **rectificó sus conclusiones porque se ha producido un error tipográfico**. Consecuentemente la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de la República no ha sido desvirtuada en legal forma. Al respecto al Tribunal considera mencionar lo expuesto por Luigui Ferrajoli: “la certeza de Derecho Penal mínimo que ningún inocente sea castigado, bien garantizado por el principio In dubio pro reo, es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías.

Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad, del imputado hasta la prueba en contrario; es necesaria la prueba es decir LA CERTIDUMBRE AUNQUE SEA SUBJETIVA, no de la inocencia sino de la culpabilidad sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre”. Para Ernesto L. Chiesa Aponte, “En todos los casos criminales la ley presume que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario de modo satisfactorio y por evidencia competente; y es norma de ley que su culpabilidad debe ser probada más allá de toda duda razonable... El peso de la prueba le corresponde al Ministerio Fiscal, teniendo que establecer la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Si existe esa duda en el ánimo del jurado, deberán absolverlo”. Sostiene Enrique Pailas: “Si la prueba es insuficiente y por ello, existe la duda ella aprovecha al acusado, pues, como decía el Digesto del emperador Justiniano: “Tampoco, ha de ser condenado alguno por sospechas como respondió el mismo emperador Trajano Asiduo Severo, porque es mejor dejar sin castigo el delito del culpado que condenar al que es inocente”. Si el acusador particular, no aportó la prueba mínima necesaria, para lograr la condena, o si lo hizo, debió hacerse dentro de la causa de legalidad, para que el juzgador lo valorara, logrando crear seguridad, certeza para que la declaración judicial sea desvirtuada la premisa menor, condenando, empero, si esa prueba no produce la seguridad, la certeza, en vez de la duda, se lo debe absolver. Conforme a éste análisis y a las normas invocadas, si no está plenamente comprobada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado no se puede dictar sentencia condenatoria. Al respecto y teniendo en consideración la naturaleza del delito de uso doloso de documento privado falso; y, que la existencia material de la infracción que se juzga no se encuentra establecida en el proceso como prueba plena, idónea y suficiente que permita al Tribunal arribar a la conclusión inequívoca de que el procesado es autor del delito que se juzga, ni tampoco existe del cuaderno penal el original de la letra de cambio, lo que conduce a la conclusión que el cuerpo de la infracción que motiva este proceso no se ha probado en debida forma y si no se ha comprobado la materialidad de la infracción no cabe reflexión alguna sobre la responsabilidad del encausado, pues no existe el nexo causal que configure tanto la materialidad de la infracción penal, como la responsabilidad penal del acusado. Por las razones expuestas y conforme lo previsto en los artículos 79, 304-A, 305, 309, 311, 315 y 316 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, dicta sentencia RATIFICATORIA DE LA INOCENCIA del acusado CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, cuyos generales constan en esta sentencia, en consecuencia se cancelan las medidas cautelares que fueron ordenadas en esta causa por el Juez A-quo. En lo que se refiere a PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE;

en virtud de que el señor Fiscal se abstuvo de acusarla, así como por la certeza que alcanzó este Tribunal, dicta sentencia RATIFICATORIA DE LA INOCENCIA, a favor de la referida acusada; cuyos generales constan en esta sentencia, en consecuencia se cancelan las medidas cautelares que fueron ordenadas en esta causa por el Juez A-quo. Se califica la acusación particular de maliciosa y temeraria. Actúe el doctor Juan Carlos Rivera Silva, secretario de este Tribunal. **Léase y Notifíquese.**

f.) **Dr. Luis Fernández Piedra, Presidente; Dr. Hugo E. Sierra Gallardo, Juez; Dra. Jacqueline Pachacama Jueza.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Felipe Granda Aguilar.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO PENAL. Quito, 14 de noviembre de 2011, 08:00.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de Conjueces Nacionales de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia los doctores: Luis Quiroz Erazo, Felipe Granda Aguilar y Luis Pacheco Jaramillo en virtud de los oficios nros. 067-SG-2010-PCH, 448-SG-SLL-2010 y 449-SG-SLL-2010 respectivamente. En lo principal, el acusador particular Lothar Enrique Rant Rivas (**sic**) y el sentenciado César Augusto Vallejo Schwarzenbach, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, mediante la cual condena a César Augusto Vallejo Schwarzenbach, a la pena modificada de tres años de prisión, por considerarlo autor del delito tipificado y sancionado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. nro. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. nro. 479 de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y publicado en el R.O. nro. 511 de 21 de enero del 2009; en nuestras calidades de Conjueces Nacionales de esta Segunda Sala Penal y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento del presente juicio. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que se declara la validez de esta causa penal. **TERCERO:** El recurso de casación es un medio impugnatorio que tiene por objeto corregir los eventuales errores de derecho en que pudo haber incurrido el juzgador de instancia inferior, por manera que la

Sala de Casación no puede reexaminar el acervo probatorio, sino que ha de ajustar su examen a la confrontación entre los hechos que se han dado por probados, con la adecuada aplicación de la normatividad pertinente; se debe establecer que la sentencia recurrida contenga violaciones a la Ley. Al respecto vale la pena señalar que los errores “in iudicando” son corregibles mediante la casación que debe limitarse a examinar si el fallo impugnado, ha aplicado la ley correctamente, frente a la valoración que de los hechos ha realizado el juzgador. A más de lo anterior es menester señalar que el recurso de casación, requiere para su conocimiento y resolución, de la intervención de un Tribunal de la más alta jerarquía jurisdiccional como es la Corte Nacional de Justicia, a fin de que sus decisiones sean acatadas en casos concretos; y, tendrá que ser fundamentado en cualquiera de las causales que contiene el artículo 349 del Código Procesal Penal, es decir, si la sentencia recurrida hubiere violado la ley, por: **a)** contravenir expresamente su texto; **b)** por haberse hecho una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente, parámetros éstos sobre los cuales ha de decidir el Tribunal de Casación. La primera implica 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. Finalmente la interpretación errónea podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. A.** De fojas 63 a 66 y vta., del cuadernillo de casación, el recurrente César Augusto Vallejo Schwaerzenbach, realiza un análisis desde su particular punto de vista de las actuaciones probatorias practicadas en esta causa y a continuación fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal: **1.** Que en la sentencia recurrida se lo condena como autor de los delitos tipificados en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal, que describen y sancionan figuras delictivas diferentes, ya que el primero se relaciona con el uso doloso de documento falso, el segundo la falsificación de documentos privados y el tercero la falsificación de instrumentos públicos, con los que se ha inobservado lo dispuesto en los arts. 312 y 315 del Código de Procedimiento Penal, afectando sus derechos constitucionales consagrados en los arts. 76.7 y 77.7 de la Constitución de la República. **2.** Continúa afirmando que en su caso debió aplicarse lo dispuesto en el art. 40 del Código de Procedimiento Penal, que reza que no podrá iniciarse el proceso penal, antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial, estableciéndose el requisito de prejudicialidad civil que no fue aplicada y que mereció que el acusador haya planteado una demanda por nulidad de instrumento público que se tramita en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha. **3.** Sostiene que la letra de cambio no cumple con los requisitos contenidos en los arts. 410, 411 y 472 del Código de Comercio. **4.** Que ha sido condenado por falsificación de instrumento público y de instrumento privado y un supuesto uso

de documento falso, sobre la base de una copia simple que no tiene trascendencia jurídica, e inobserva lo determinado en el art. 314 del Código Penal; así como que con esa letra de cambio se ha realizado el aumento de capital de TELEMERC S.A. **5.** Afirma además que se ha transgredido los arts. 146 y 148 del Código de Procedimiento Penal, 4 de Código Penal y 76.4 de la Constitución de la República, culmina solicitando se admita el recurso, enmendando las violaciones legales en que ha incurrido la sentencia impugnada, se le absuelva, declarando su inocencia. **B.** De fojas 67 a 68, del cuadernillo de casación, el recurrente Lothar Enrique Ranft Rivas, realiza un análisis desde su particular punto de vista de las actuaciones probatorias practicadas en esta causa y a continuación fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal: **1.** Que la afirmación del Tribunal Juzgador en el considerando noveno de la sentencia de que los acusados no registran antecedentes policiales ni penales, es equivocada porque en la audiencia de juzgamiento se demostró que César Augusto Vallejo Schwaerzenbach, fue declarado autor del delito de perjurio, cuya sentencia se la introdujo como prueba de reincidencia y peligrosidad. **2.** Por lo que la reincidencia ameritaba aplicar lo dispuesto en el numeral 6 del art. 81 del Código Penal, e imponer la pena máxima para esa conducta, lo cual no sucedió lo que constituye contravención de la norma señalada. **3.** Continúa manifestando que Vallejo al haber aceptado que la letra de cambio que fue dada de baja y destruida por él, y que fue calificada de falsa por el perito gráfico y los funcionarios de la Superintendencia de Compañías, al rendir sus testimonios en la audiencia del juicio, evidencia que éste también cometió el delito tipificado en el art. 402 del Código Penal, por el que aún no ha sido procesado, correspondiendo al juzgador en la sentencia pronunciarse conforme lo preceptúa el art. 318 del Código Adjetivo Penal, norma que según el recurrente, fue contrariada por el Tribunal Juzgador, para culminar solicitando se deseche el recurso de casación de César Vallejo. **TERCERO: DICTAMEN FISCAL.** El doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Fiscal General del Estado, a fs. 95 a 97 vta., contestando los traslados con las fundamentaciones del recurso de casación, luego de realizar un análisis de la sentencia impugnada emite su criterio en el considerando tercero de su escrito en los siguientes términos: **1.** Que el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, en su sentencia analiza las diferentes pruebas que fueron prenotadas en el transcurso de la audiencia oral de juzgamiento, las mismas que en su conjunto le permitieron determinar que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, en mérito de las pruebas que fueron pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la audiencia de juicio. **2.** Que las pruebas antes referidas, son los testimonios de las personas que concurrieron a la audiencia de juzgamiento, los peritos, los Agentes de Policía, con el testimonio del mismo acusado. **3.** En el considerando tercero de su dictamen, analiza que la conducta típica descrita en los arts. 339, 340 y 341

del Código Penal, se debe tener presente que dentro del elemento objetivo de estos tipos, el legislador determina en el art. 34 del Código Penal, el mismo que es reprimido por falsedad en instrumentos privados, exceptuando los cheques, pues quien se valga de cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, es decir el art. 339 *ibídem*, para cometer una falsedad, ya sea por firmas falsas, por imitación o alteración de letras o firmas, por haber inventado convenciones, disposiciones, y otras más, son las que la conducta de Vallejo ha adecuado, según el análisis del Tribunal Juzgador.

4. En el considerando Quinto, parte segunda, explica el señor Fiscal, que Vallejo, considera que el error de derecho se produce porque el juzgador lo ha condenado por falsificación de documentos públicos y privados, lo que genera la inobservancia de normas constitucionales y legales, lo que aparta de la realidad, según el criterio del señor Fiscal, el Tribunal Juzgador no ha incurrido en error de derecho al mencionar dichas disposiciones, aplicando correctamente las normas pertinentes, según la realidad fáctica debidamente comprobada.

5. Y en cuanto a Lothar Ranft, expresa que de la revisión del acervo probatorio, no hay constancia alguna que demuestre que César Vallejo, fuera condenado por perjurio, no hay la copia certificada de la referida sentencia, por lo que el Tribunal Juzgador actuó correctamente en la pena impuesta, para culminar solicitando que se declaren improcedentes los recursos de casación presentados. **CUARTO: ANÁLISIS DE LA SALA:** La Sala luego del análisis del contenido del acta de juzgamiento, celebrada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, verifica que: 1. Ni la Fiscalía ni el acusador particular han objetado la instalación de la audiencia, ya que la prueba debe ser introducida en forma verbalizada como lo ordena el sistema penal oral por lo que el Tribunal no podría valorarlos ni incorporarlos al juicio, si no son judicializados por sus suscriptores, y en base al ilícito objeto del juicio que se está juzgando como es el de utilización de falsificación de un documento público, la letra de cambio, la prueba de la existencia material de la infracción debe sustentarla la experticia documentológica o grafológica expuesta a través del testimonio del perito que la practicó ante el Tribunal en la audiencia de juicio, o no constituiría prueba. 2. La Sala del análisis del contenido de la sentencia en relación a la fundamentación del recurso de casación y a la respectiva contestación a esta presentada por el señor Fiscal General del Estado, establece que cuando la persona que supuestamente falsifica el documento es la misma que la usa y con este se causa perjuicio a una determinada persona, el momento de consumación del delito de falsedad instrumental es cuando se usa el documento falso, pero si la persona que falsifica el documento es diferente del que la usa para causar perjuicio, el falsificador responde por el delito de falsedad documental y el que la usó por el delito de uso de un instrumento falso siempre que lo haya hecho a sabiendas de que lo era. 3. La señora Jueza Séptimo de lo Penal de Pichincha, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de César Augusto Vallejo Schwarzenbach y de Patricia Katherine Varela Campoverde,

por el delito tipificado y sancionado en el art. 341, ratificado por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que luego en la etapa del juicio, sentencia al recurrente por el delito tipificado y sancionado en los arts. 341, 340 y 339 del Código Penal vigente, es decir por tres delitos diferentes al llamado a juicio, imponiéndole la pena de tres años de prisión, por lo que el Tribunal Juzgador violó lo previsto en el art. 315 del Código Adjetivo Penal que dispone que el Tribunal de Garantías Penales no podrá pronunciar sentencia sobre hecho que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio, así como también viola lo previsto en el art. 312 *ibídem*. 4. Que en la sentencia de mérito en forma reiterada refiere a una copia simple de una letra de cambio materia del enjuiciamiento, al darle valor probatorio, el Tribunal Juzgador violó las normas del art. 164 del Código de Procedimiento Civil, en el que se establece que es instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por la competente servidora o servidor público; y en el caso si es otorgado por Notario e incorporado en un protocolo o registro público se llama escritura pública, que tiene relación con los arts. 180 *ibídem* y el art. 40 del Código de Procedimiento Penal, que habla sobre la prejudicialidad civil que el Tribunal Juzgador no podía soslayar ni dejar de aplicar en el presente caso, incurriendo en violación y no aplicación de las referidas normas descritas. 5. Al mencionar en la sentencia recurrida que se refiere a una copia simple de la letra de cambio, y al ser juzgado por el delito previsto en el art. 340 del Código Penal, el Tribunal juzgador viola lo dispuesto en el art. 191 del Código de Procedimiento Civil, con respecto al otorgamiento de un instrumento privado, hecho por una persona particular, la sentencia recurrida habla de una letra de cambio en xerox simple, ya que en reiteradas sentencias de las Salas Penales de esta Corte Nacional y la Ex Corte Suprema de Justicia, establecen que una copia simple no tiene ningún valor probatorio, pues no reunirían los requisitos establecidos en los arts. 410 y 411 del Código de Comercio, así como también el art. 472 *ibídem*. 6. El Tribunal Juzgador, también condena al recurrente por el delito previsto y sancionado en el art. 341 del Código Penal, es decir por uso doloso de documento falso, al efecto el Dr. Jorge Zabala Baquerizo en su libro "Delitos contra la Fe Pública - la falsedad Instrumental", en la página 231, al analizar el artículo en referencia expresa: "...Al aludir al agente del delito que estudiamos, hace uso de la expresión "el que" es decir la persona que debe ser sancionada por la conducta en dicho tipo descrita. Pero dentro de la precitada expresión no se comprende al propio autor del falso, sino a un tercero, quien no es el autor de la falsedad, ni ha intervenido en la misma en alguna forma. Y decimos que se refiere a un "tercero" tanto porque el texto de la disposición legal que se analiza surge tal interpretación, como porque si el uso del documento falso lo hace el propio actor del falso –o alguna persona que ha participado en el mismo– dicha conducta no es más que la consumación del delito falsario, por lo que no puede ser independizada del

acto delictuoso...”, en el caso Sub *judice*, al ser juzgado por tres delitos diferentes al mismo tiempo sobre la base de una fotocopia simple, no tiene ninguna validez jurídica, contraviniendo expresamente por indebida aplicación del art. 341 del Código Penal. 7. Consta de la sentencia recurrida que el perito Jorge Flores en su informe original, expresa que la experticia lo realizó en las copias simples de la letra de cambio, llegando a la conclusión que: “POR LO QUE NO ES POSIBLE CONCLUIR DE MANERA INCUESTIONABLE QUE SU AUTORÍA CORRESPONDE AL CIUDADANO INDICADO”, el Tribunal Juzgador viola lo dispuesto en el art. 88 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que una experticia grafotécnica, solo se debe realizar sobre una firma autógrafa, realizada por el mismo autor, y en el documento original ya sea éste público o privado, según lo ordenado en el art. 79 números 1 y 2 del reglamento de la Policía Judicial, esto con el fin de establecer su autenticidad, autoría o falsedad, violando además lo dispuesto en los arts. 145 y 146 del Código Adjetivo Penal, así como viola lo dispuesto en el art. 76, numeral 4, de la Constitución de la República al obtener una prueba y actuada con violación de la norma suprema y de la misma ley, por lo que no tiene validez alguna, careciendo de eficacia probatoria. **SEXTO:** Por estas consideraciones, y apartándose del criterio del dictamen fiscal, esta Sala observa que el fallo condenatorio no se encuentra conforme a la realidad de los hechos objetivamente probados en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías que rigen la práctica de la prueba oral y en la valoración de la prueba el juzgador tampoco ha observado las reglas de la sana crítica en cuanto condena al recurrente por tres delitos diferentes y en base a una fotocopia simple de un documento, sin haberse probado conforme a derecho la existencia de la infracción, se está atentando contra el principio de las garantías básicas del Derecho al debido proceso, contemplados en el art. 76 numeral 2, 4, 5 de la Constitución de la República; inobservando el numeral 7 sobre los Derechos de las Personas, en concordancia con el art. 77 numeral 14 de la misma norma Suprema, esto que no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre, en relación a lo prescrito en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y a lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se violaron todas estas normas de orden constitucional, los tratados internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano y las legales del país, por lo que no existe la motivación que como garantía del debido proceso exige el literal 1) del nro. 7 del art. 76 y el ahorro procesal que manda el art. 169 de la Norma Suprema del Estado y el art. 304-A del Código de Procedimiento Penal. Por las consideraciones que anteceden, y como en el caso llegado a nuestro conocimiento por alzada, se aprecia violación de la ley en la sentencia condenatoria expedida, por cuanto el Tribunal Penal no ha hecho una correcta adecuación típica de la conducta sancionable, esta Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUA-**

DOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad con el art. 358 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Lothar Enrique Ranft Rivas; y, declara procedente el recurso de casación interpuesto por César Augusto Vallejo Schwarzenbach, casa la sentencia dictada por el Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, y enmendando el error de derecho en que ha incurrido se dicta sentencia absolutoria confirmando su estado de inocencia, se deja sin efecto las medidas de orden real y personal dictadas en su contra; a criterio de la Sala la acusación particular, no es maliciosa ni temeraria. Devuélvase el proceso al inferior para la inmediata ejecución de la sentencia. **Notifíquese y devuélvase.**

f.) **Dr. Luis Fernando Quiroz Erazo, Presidente, Dr. Felipe Granda Aguilar, Dr. Enrique Pacheco Jaramillo, Conjuces Nacionales.**

RECURSO DE CASACIÓN

Proceso 582-2013-VR

Juez Ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL POLICIAL, PENAL MILITAR Y TRÁNSITO. Quito, 07 de agosto de 2013, las 11h30.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

El Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, el 9 de junio de 2010, a las 15h00, dictó sentencia de mayoría mediante la cual declaró al ciudadano César Augusto Vallejo Schwarzenbach, culpable en grado de “autor del delito tipificado y sancionado en los Arts. 341, 340 y 339 del Código Penal vigente”; esto es, utilización dolosa de documento falso, falsificación de instrumentos privados y falsificación de instrumentos públicos, escrituras de comercio, contratos de prenda u otra actuación judicial, imponiéndole pena privativa de libertad de tres años de prisión correccional. A la ciudadana Patricia Katherine Varela Campoverde, confirmó su estado de inocencia, declaró procedente la acusación particular presentada por el señor Lothar Ranft Rivas.

En voto salvado la señora doctora Jacqueline Pachacama, Jueza Tercera, confirmó el estado de inocencia, de la procesada y del procesado, calificó a la acusación particular de maliciosa y temeraria.

El acusador particular, y el procesado presentaron recursos de casación. La ex Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia el 14 de noviembre de 2011, a las 08h00, declaró improcedente el recurso de casación del acusador particular, aceptó el recurso del procesado dictó sentencia absolutoria confirmando su estado de inocencia, declaró que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria.

De la sentencia de casación el acusador particular, ha propuesto acción extraordinaria de protección. La Corte Constitucional en sentencia nro. 008-13-SEO-CC, caso nro.

0545-12-EP, de 2 de abril del 2013, sobre tal garantía jurisdiccional ha decidido:

“1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y debido proceso, previstos en los artículos 75, 76 numeral 1 y 7 literal l) de la Constitución de la República.

2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.

3. Como medida de reparación, dejar sin efecto la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, del 14 de noviembre de 2011, dentro del juicio nro. 654-2010.

4. Disponer que sean otros jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia quienes conozcan y resuelvan el recurso de casación interpuesto”.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Este Tribunal de casación avocó conocimiento del procedimiento en providencia de 7 de mayo de 2013, a las 08h25.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión extraordinaria de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos por acción pública según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.

No se ha impugnado la competencia del tribunal ni a la señora Jueza Nacional, ni a los Jueces Nacionales que lo integramos.

3. DEL TRÁMITE.

Por la fecha en que se ha iniciado el proceso corresponde aplicar al recurso las reglas vigentes en tal tiempo, en cumplimiento a lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, en consecuencia se ha formalizado por escrito el recurso de casación.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

4.1 El recurrente señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, en escrito de fojas 63 a 66 del cuaderno de casación, fundamentó el recurso y expresó **que**:

i. En la sentencia recurrida se lo condenó como autor de los delitos tipificados y sancionados en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal, que describen y sancionan figuras delictivas diferentes, ya que el primero se relaciona con el uso doloso de documento falso, el segundo la falsificación de documentos privados y el tercero la falsificación de instrumentos públicos, con los que se ha inobservado lo dispuesto en los artículos 312 y 315 del Código de Procedimiento Penal, violando sus derechos constitucionales reconocidos en los artículos 76.7 y 77.7.

ii. Debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 del Có-

digo de Procedimiento Penal, que reza que no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial, estableciéndose el requisito de prejudicialidad civil que no fue aplicado y que mereció que el acusador haya planteado una demanda por nulidad de instrumento público que se tramitó en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha.

iii. La letra de cambio materia del procesamiento no cumple con los requisitos de los artículos 410, 411 y 472 del Código de Comercio.

iv. Fue condenado por falsificación de instrumento público y de instrumento privado y un supuesto uso de documento falso, sobre la base de una copia simple que no tiene trascendencia jurídica, e inobservando lo determinado en el artículo 314 del Código Penal; así como que con esa letra de cambio se ha realizado el aumento de capital de TELEMERC S.A.

v. Se ha trasgredido los artículos 146 y 148 del Código de Procedimiento Penal, 4 del Código Penal y 76.4 de la Constitución de la República.

Solicita se admita el recurso, se ratifique su estado de inocencia.

4.2 El acusador particular en su escrito de fundamentación de fojas 67 a 68 del cuaderno de casación manifiesta, que:

i. La afirmación del Tribunal juzgador contenida en el considerando noveno de la sentencia de que los acusados no registran antecedentes policiales ni penales, es equivocada porque en la audiencia de juzgamiento se demostró que César Augusto Vallejo Schwarzenbach, fue declarado autor del delito de perjurio, cuya sentencia se la introdujo como prueba de reincidencia y peligrosidad, por lo que ameritaba aplicar lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 81 del Código Penal, e imponer la pena máxima para esa conducta, lo cual no sucedió, lo que constituye contravención a la norma señalada.

ii. El procesado al haber aceptado que la letra de cambio fue dada de baja y destruida por él, y que fue calificada de falsa por el perito grafólogo y los funcionarios de la Superintendencia de Compañías, al rendir sus testimonios en la audiencia del juicio, evidencia que éste también cometió el delito tipificado en el artículo 402 del Código Penal, por el que aún no ha sido procesado, correspondiendo al juzgador en la sentencia pronunciarse conforme al artículo 318 del Código Adjetivo Penal, norma que, según el recurrente, fue contrariada por el Tribunal juzgador.

Solicita se declare procedente el recurso, se enmienden las violaciones de la ley que han motivado la interposición y fundamentación del mismo.

4.3 DICTAMEN FISCAL: El doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Fiscal General del Estado de ese entonces, a fs. 95 a 97 vta., contestó los traslados con las fundamentaciones de los recursos de casación, en los siguientes términos:

i. El Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, en sentencia analiza las pruebas pedidas, ordenadas,

practicadas e incorporadas en la audiencia de juzgamiento, las mismas que en su conjunto le permitieron determinar que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado.

Tales pruebas son los testimonios de las personas que concurrieron a la audiencia de juzgamiento, los peritos, los agentes de juzgamiento, el testimonio del acusado.

ii. En el considerando cuarto del dictamen expresa que al tratarse de la conducta típica:

“descrita en los artículos 339, 340 y 341 del Código Penal, se debe tener presente que dentro del elemento objetivo de estos tipos, el legislador determina en el artículo 340 del Código Penal, el mismo que es reprimido por falsedad en instrumentos privados, excepción de los cheques, quien se valga de cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, es decir en el art. 339 *ibidem*, para cometer una falsedad, ya sea por firmas falsas, por imitación o alteración de letras o firmas, por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos; o ya sea por adicción o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o probar; y de haber hecho uso doloso de estos documentos falsificados, caso en cual quien los usa será sancionado como autor de la falsedad; actos ilícitos a los cuales el acusado César Augusto Vallejo Schwarzenbach ha adecuado su conducta, según el análisis probatorio efectuado por el Tribunal juzgador; por cuanto utilizó la letra de cambio librada a su favor, cuya firma pericialmente se ha establecido que no corresponde a Lothar Ranft, para efectuar un aumento de capital, que permitió dejarlos casi sin parte en la compañía a su socio Ranft, todo lo cual se ha evidenciado de los testimonios de peritos y demás testigos.”

iii. En el considerando quinto, parte segunda, explica que el procesado, considera que el error de derecho se produce porque el juzgador lo ha condenado por falsificación de documentos públicos y privados, lo que genera la inobservancia de normas constitucionales y legales, lo que se aparta de la realidad, según el criterio del señor Fiscal, el Tribunal juzgador no ha incurrido en error de derecho al mencionar dichas disposiciones, aplicando correctamente las normas pertinentes, según la realidad fáctica debidamente comprobada.

iv. En cuanto al planteamiento del acusador particular, expresa la Fiscalía que de la revisión del acervo probatorio, no hay constancia alguna que demuestre que el señor César Vallejo fuera condenado por perjurio, no hay la copia certificada de la referida sentencia, por lo que el Tribunal juzgador actuó correctamente en la imposición de la pena.

Solicita se declaren improcedentes los recursos de casación presentados.

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Sobre la naturaleza de 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 tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, hacer 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 La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos:

i. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual “...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...”¹

ii. “...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”².

iii. 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...”³.

¹ Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

² Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

³ Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 013-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

iv. 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..."⁴. 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..."⁵.

5.3 Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual⁶, vigente del ejercicio pleno de los derechos humanos⁷.

5.4 Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Período de Transición mantuvo en criterio amplio, según el cual este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función nomofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio⁸. Ejemplo de esto fue la sentencia 021.12.SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP-en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio⁹. En sentencia nro. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso nro. 0981-11-EP, la misma Corte indicó:

"Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptualizado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que

el mismo: 'procede la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función nomofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con la sentencias de los Tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante'..."

5.5 La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia nro. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso nro. 1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el suplemento del R.O. 904 de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

"El caso sub iudice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces

⁴ Sentencia 0144-08-RA, caso 144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

⁵ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

⁶ "...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia..."

⁷ Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009.

⁸ En la sentencia 003-09-SEP-CC, caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso 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 que cuestiona aún los hechos: "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 inmediación".

⁹ "Por otro lado, la Corte advierte que la sentencia de casación no cumplió el presupuesto previsto en el literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, relativo a la motivación, lo que está relacionado a un proceso lógico, donde el Tribunal estuvo obligado a vincular los fundamentos de hecho expuestos por las partes, de conformidad a lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, examinar si la sentencia recurrida violó la ley, sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. En este orden de ideas, las partes refirieron en el acta de acuerdo reparatorio fojas 100 a 101 que "se produjo un accidente de tránsito en el cual lamentablemente fue atropellado un niño, producto del mismo y por golpes recibidos fallece en el lugar del accidente, sin poder determinar responsabilidades"; es más, la señora Fresia Yadira Cerruffo Santillán, en su calidad de madre sobreviviente del menor fallecido, por su voluntad propia y en la calidad que se presenta "libera de cualquier acción civil o penal al señor Iván Gonzalo Ubidia Mejía, a quien agradece el gesto humanitario que hace a su favor y por su hijo", lo que no fue considerado en las sentencias de primer y segundo nivel.

De igual forma, las aludidas sentencias no consideraron que en el parte policial y anexos, que obran de folios 127 a 140 del proceso, aparecen como únicos testigos, los señores John Anderson Ramírez Martínez y Mayra Alexandra Paspuezan Granda, quien afirma que "estuvo con Dustin en el local, eran las 10h30 en el comedor que tienen, y le ha dicho que no salga (...) y luego ha sonado durísimo, y salió a ver y le vio a él botado boca abajo, salieron los vecinos le ayudaron llamaron a los bomberos, y vio que a una cuadra iba un carro blanco y atrás un carro azul, no habían más carros...", mientras que el otro testigo afirmó que: "estuvo en su cuarto y ese día escuchó un golpe muy fuerte (...) y vio al niño que estaba desangrando por la boca, y regresó a ver un carro muy rápido y le dijo la vecina el carro que va allá es el que cogió al niño y le vio sangrando, con un corte en la cabeza, con un ojo virado, manifiesta que alcanzó a ver un vehículo blanco que se iba...", según consta en el acta de la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento del recurrente que obra de fs. 31 a 38 vta., manifestaciones referenciales, ya que ninguno de los dos dieron fe de cómo ocurrieron los hechos que se trataban de esclarecer, pues no tenían conocimiento exacto de lo que había ocurrido, lo que enerva el valor probatorio de dichos testimonios. Para que una declaración testimonial surta efecto de prueba dentro de un proceso penal, no debe dejar dudas al juzgador que tiene que resolver a base de ellos la culpabilidad o inocencia del procesado, que tiene conocimiento exacto sobre lo que declaran y que no lo hacen por meras referencias o suposiciones.

de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: "*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*" y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar a cabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales..."

Disponiendo que la sentencia sea llevada a conocimiento de la Fiscalía y del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes.

5.6 Corresponde al Tribunal de casación analizar únicamente la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es que se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar sobre todo la legalidad y por tanto la seguridad jurídica. Se considera, entonces, que este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias.¹⁰

Sobre la materia del recurso:

5.7 Los antecedentes que conoció el Tribunal del juicio que dictó la sentencia reprochada, son:

i. El señor Lothar Enrique Ranft Rivas, indica que "TELEMERC S.A." se ha constituido como compañía anónima, el 29 de marzo del 2000, mediante escritura otorgada ante el Notario Vigésimo Sexto del cantón Quito e inscrita en el Registro Mercantil el 11 de abril del mismo año, es accionista de tal compañía, siendo su gerente desde su creación hasta el 26 de marzo del 2002.

ii. Denuncia que el 18 de febrero del 2004, se ha celebrado una junta general extraordinaria de accionistas, convocada por el Gerente General a través de una publicación en el diario "La Hora", de fecha 6 de febrero del 2004, a la que no ha concurrido, en el punto sexto de la convocatoria consta "capitalización de créditos de los accionistas" y en punto siete "aumento de capital".

Tampoco fue apreciada en su conjunto la declaración del imputado, quien advierte que el accidente se produce por un acto involuntario al haber explotado un neumático del vehículo que conducía, y al ser detenido por la policía fue trasladado hasta la prevención, donde le practicaron la prueba del alcoholímetro por dos ocasiones: la primera escuchó que no marcó, por lo que le practicaron una segunda; en ese momento llegó la unidad de emergencias del 911 y constatando su estado delicado de salud por las agresiones sufridas, recomendaron su traslado a una clínica.

Sobre estos particulares, efectivamente se acredita del proceso que Iván Gonzalo Ubidia Mejía conducía el vehículo que produjo la muerte del menor, por la matrícula y licencia de conducir de fs. 39; que se produce la muerte del menor por atropellamiento; sin embargo, ni de la autopsia médico legal que obra de fs. 47 a 59 vta., ni del informe técnico de reconocimiento del lugar del accidente (fs. 51 a 74 primer cuaderno) se logró establecer que dicho suceso fuera intencional, ya que no se encontraron huellas (residuos de aceite), y del peritaje realizado al vehículo y de las fotografías se corrobora que el neumático anterior derecho quedó sin aire y con desgarres en sus tres tercios y el aro con deformación en sus tres tercios y que la parte frontal presenta hendiduras por el impacto de un cuerpo blanco (menor atropellado).

Por otra parte, el imputado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, según consta en el informe médico legal, fue objeto de agresión física (fs. 122 a 123), constatándose en el informe radiológico (fs. 124), lo que fue solucionado quirúrgicamente según se desprende del certificado de fs. 138 del proceso.

De igual forma, la prueba del alcoholímetro que obra a fojas 126 del proceso, si bien dio positiva, esto no fue corroborado con un examen de alcoholemia en la sangre, y sobre el supuesto estado de embriaguez no consta en el certificado médico cuando fue intervenido quirúrgicamente, ese mismo día, por las fracturas en la parte nasal, a consecuencia de la agresión física de la que fue objeto el procesado; situaciones contradictorias que no han sido analizadas en las sentencias que juzgaron y condenaron al recurrente, de lo que deviene que han sido inmotivadas, donde no se aprecia la relación existente entre las normas aplicables al caso con los antecedentes de hecho y su explicación razonada de los principios procesales, legales y doctrinarios, así como las normas procesales que debieron ser aplicadas resultando una composición arbitraria, que denota dudas: El procesado, Iván Gonzalo Ubidia Mejía, estaba bajo los efectos del alcohol cuando condujo?, ¿Hubo o no testigo presencial del accidente de tránsito que produjo la muerte del menor? ¿La explosión de la llanta fue después del atropellamiento? ¿el Accidente fue a consecuencia de la explosión de la llanta? ¿El resultado del alcocheck se produjo por la impresión que causó el accidente? ¿El menor fallecido estuvo parado dentro de la zona de seguridad? ¿El menor fallecido estaba fuera de la zona de seguridad?, dudas que no se han dilucidado en el proceso, ya que la madre del menor fallecido afirma que no se ha podido determinar responsabilidades, y los testigos señalados en el parte policial afirmaron que estuvieron dentro de sus habitaciones cuando oyeron un sonido fuerte, sonido que bien pudo ser la explosión de la llanta, ya que el arrollamiento de una persona no produce sonido estridentes como refirieron los "testigos".

El artículo 304-A (304 numeral 1) del Código de Procedimiento Penal reformado señala en la parte pertinente: "La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos".

Es la especie, si bien está acreditado el accidente de tránsito y que el vehículo causante del mismo estaba conducido por el procesado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, que fue detenido, no se ha logrado acreditar cómo se produjo el mismo: si fue a consecuencia de la explosión de la llanta o la misma explotó a causa del atropellamiento, ya que no hubo testigo presencial del hecho, y al momento de practicar la pericia en el lugar de los hechos no se encontraron huellas."

¹⁰ Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.

iii. El 15 de marzo de 2004, se realizó una nueva junta general extraordinaria de accionistas, a la que tampoco ha concurrido; únicamente ha concurrido el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, como titular del 50 % de los derechos y acciones de la compañía.

iv. En la junta de accionistas del 18 de febrero del 2004, referente a la capitalización de crédito de accionistas, se ha hecho constar como acreedor al ciudadano César Augusto Vallejo Schwarzenbach, por la suma de 100.000 dólares, justificados por una letra de cambio, cuya copia notariada aparece al acta, girada por el ex gerente de la empresa, o sea, el mismo denunciante.

v. Por la supuesta deuda existente el señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, solicitó la compensación de crédito por un valor de 30.000 dólares, dejando a la compañía con una obligación pendiente de 70.000 dólares. Una vez legalizado el aumento de capital por compensación de créditos la gerente general de la Compañía ha imputado como abono a la supuesta obligación la cantidad de 30.000 dólares, operación que ha sido ratificada en la junta general de accionistas del 15 de marzo de 2004.

vi. Del certificado otorgado por el Registrador Mercantil del cantón Quito, consta que la señora Patricia Varela Campoverde ha sido designada como gerente general de la empresa, desde el 27 de marzo de 2002 hasta la fecha de la denuncia, por lo tanto, era la representante legal de la empresa.

vii. El denunciante manifiesta que no ha firmado ninguna letra de cambio a favor del señor César Augusto Vallejo Schwarzenbach, a quien ha solicitado le presente el mencionado documento y solo ha recibido evasivas.

5.8. El auto de llamamiento a juicio, según la sentencia del Tribunal de Garantías Penales que está reprochada, expresa:

“... constituido en audiencia de juicio, en virtud del sorteo de la causa realizado el día lunes 04 de enero del 2010, a las 11h21, se radicó la competencia en este Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, conforme consta de fojas 1408 de los autos, para conocer y resolver la situación jurídica de **CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH Y PATRICIA KATHERINE VARELA CAMPOVERDE**, en contra de quienes la señora Jueza Séptima de lo Penal de Pichincha con fecha 24 de junio del 2009 a las 15h36, dicta auto de llamamiento a juicio por considerarlos presuntos autor y cómplice, respectivamente, del delito tipificado y sancionado en el art. 341 del Código Penal vigente, en concordancia con lo determinado en los arts. 42 y 43 del Código Penal. Auto ratificado por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha”.

5.9 El señor Fiscal de la causa en la audiencia del juicio, conforme la sentencia reprochada, al narrar la teoría del caso, presentó los hechos en el sentido que:

“Llega a la Fiscalía la denuncia formulada por el señor

Lothar Enrique Ranft, quien indica ser socio de la compañía Telemerc S.A., pero que el 18 de febrero del 2004 se ha llevado a cabo una Junta General de Accionistas; dentro de los puntos de la convocatoria consta la capitalización de crédito y un aumento de capital. En otra reunión se ha llamado para la ratificación del acta de febrero del 2004 y consta como acreedor el señor César Vallejo por la suma de cien mil dólares, justificando con una letra de cambio que consta con la firma aceptada por el señor Lothar Ranft quien indica además que se hizo con esa letra una compensación de crédito a favor del señor César Vallejo, quedando pendiente la suma de setenta mil dólares. **El señor Ranft, indica que cuando él fue Gerente jamás suscribió dicho documento y considera que se ha falsificado su firma y rúbrica...**”.

5.10. Así los hechos acusados por el fiscal fueron por falsificación de firma y rúbrica y por estos se defendieron los acusados en la audiencia de juzgamiento; sin embargo el auto de llamamiento a juicio describe otros actos, uso doloso de documento falso.

Los hechos según la sentencia del Tribunal Penal, son:

“...OCTAVO... **8.3.3.** Es evidente que, en el caso que nos ocupa, si le era exigible al acusado otra conducta, como no tratar de engañar al acusador particular, ni a las autoridades de la Superintendencia de Compañías presentando copias del documento falso, (letra de cambio de cien mil dólares) y perjudicar a su socio Lothar Ranft, **por lo que es procedente el reproche social de su conducta.**” [...] conforme lo analizado en líneas anteriores, con lo cual la conducta del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH, se enmarca en actos principales, directos e inmediatos tendientes a la perpetración del acto punible, que la ubican en calidad de autor, por lo que el Tribunal infiere, fuera de toda duda, que el acusado, adecuó su conducta a los delitos tipificados y sancionados en los Arts. 341, 340 y 339 del Código Penal.”

Es decir lo fáctico, según la sentencia del juicio, es engañar a un socio, a las autoridades administrativas con copias de un documento falso.

La conclusión a que llegó el Tribunal del juicio, es:

“OCTAVO... Al efecto, el tribunal considera que era obligación del señor representante de la Fiscalía General del Estado sobre quien descansa el impulso de la acusación en la sustanciación del juicio, probar su hipótesis de adecuación típica. Bajo estas premisas, el Tribunal pasa analizar si en el caso de autos se ha demostrado o no la existencia del delito... **8.1. Sobre la categoría dogmática de la tipicidad.**- respecto de los elementos constitutivos del tipo objetivo: **a. Sujeto activo**, o actor del hecho, que según el tipo penal no es calificado, por lo que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, los acusados son personas naturales, como cualquier otro ciudadano, no calificado en razón del cargo, función o filiación; **b. Sujeto Pasivo.** En el presente caso, la fe pública y el acusador particular Lothar Ranft, víctima o sujeto pasivo, a las que

trata de proteger el legislador en este adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, siendo éste la seguridad pública, la seguridad social, el respeto al derecho ajeno, a no utilizar falsamente la firma de otra persona, en un documento forjado, en beneficio particular **c. Objeto**, esto es, la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto, que al tratarse del delito tipificado y sancionado en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal, esto es falsedad en instrumento privado, en este caso letra de cambio, el Tribunal considera que se encuentra probado con el informe técnico pericial documentológico debidamente sustentado en la audiencia de juicio, con el testimonio del perito documentólogo, Teniente Coronel de Policía Dr. Jorge Remigio Flores Salazar, quien acreditó que la firma puesta en la letra de cambio de cien mil dólares americanos, suscrita por Lothar Ranft, **su firma no corresponde a la autoría de Lothar Ranft, no guarda similitud gráfica ni morfológica con la firma constante en la copia de dicha letra cambio, que el estudio se basó, en varios documentos y específicamente en más de setenta firmas obtenidas para cotejar con certeza y llegar a la verdad, que la demostró en el tribunal.**

d. Conducta, determinada por el verbo rector, que según el tipo penal es ‘cometer’ y la acción propiamente dicha es **cometer una falsedad en instrumento privado, además de ‘usar’ dolosamente**, es decir, evidenciar la acción de una persona en un resultado que no corresponde a la verdad, ya en sí, ya aparente, es decir, que puede ser ideológica o material, esto es, ya sobre el contenido de las convenciones que estaba destinado a contener el instrumento, ya sobre la identidad y calidad de los intervinientes, entre otros, en el primer caso; y en el segundo, por la contrahechura de escrituras por adición o alteración de firmas, etc. En el caso de autos la conducta prohibida se encuentra demostrada con los testimonios receptados en especial del señor teniente Williams Gallegos, Ing. Carlos Haro Carrera, doctor Wilson Borja, doctor Eduardo Romero.”

“DÉCIMO TERCERO: En la etapa del juicio ha correspondido al Tribunal escuchar, ver, oír percibir, las teorías del caso de las partes, receptar las pruebas pertinentes, apreciarlas, en base a los principios de intermediación, oralidad, dispositivos, contradicción, concentración, que permiten apreciar con sana crítica que el delito cometido que se juzga ha sido cometido con voluntad y conciencia del señor CÉSAR AUGUSTO VALLEJO SCHWARZENBACH; que se ha demostrado por un lado la materialidad de la infracción y por otro de culpabilidad del procesado, dejando al Tribunal para dictar sentencia condenatoria por estar cumplidos los presupuestos de los Arts. 341, 340 y 339 del Código Penal, porque además ha operado la autoría como lo dispone el art. 12 del Código Penal, porque la voluntad y conciencia manifiestas en el delito lo ha realizado con fines ilícitos.”

El Tribunal del juicio estableció probados los tres delitos, no el descrito en el artículo 341 en reenvío a alguna de las posibilidades del 340 y del 339.

Reflexiones del Tribunal de casación:

5.11. La ex Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Nacional de Justicia en sentencia de 14 de noviembre de 2011, dijo:

“**SEXTO:** por estas consideraciones, y apartándose del criterio del dictamen fiscal, esta Sala observa que el fallo condenatorio no se encuentra conforme a la realidad de los hechos objetivamente probados en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías que rigen la práctica de la prueba oral y en la valoración de la prueba el juzgador tampoco ha observado las reglas de la sana crítica en cuanto condena al recurrente por tres delitos diferentes y en base a una fotocopia simple de un documento, sin haberse probado conforme a derecho la existencia de la infracción, se está atentando contra el principio de las garantías básicas del Derecho al Debido Proceso, contemplados en el art. 76 numeral 2, 4, 5 de la Constitución de la República; inobservando el numeral 7 sobre los Derechos de las Personas, en concordancia con el art. 77 numeral 14 de la misma norma Suprema, esto que no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre, en relación a lo prescrito en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y a lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se violaron todas estas normas de orden constitucional, los tratados internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano y las legales del país, por lo que no existe la motivación que como garantía del debido proceso exige el literal I del nro. 7 del art. 76 y al ahorro procesal que manda el art. 169 de la Norma Suprema del Estado y el art. 304-A del Código de Procedimiento Penal. Por las consideraciones que anteceden, y como en el caso llegado a nuestro conocimiento poralzada, se aprecia violación de la ley en la sentencia condenatoria expedida, por cuanto el Tribunal Penal no ha hecho una correcta adecuación típica de la conducta sancionable, esta Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, ...”, confirmó el estado de inocencia del acusado.

5.12. La Corte Constitucional dejó sin efecto tal sentencia, para fundar su decisión consideró:

“En efecto en el considerando SEXTO de la sentencia objeto de la presente acción se lee:

(...) Por estas consideraciones, y apartándose del criterio del dictamen fiscal, esta Sala observa que el fallo condenatorio no se encuentra conforme a la realidad de los hechos objetivamente probados en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías que rigen la práctica de la prueba oral y en la valoración de la prueba el juzgador tampoco ha observado las reglas de la sana crítica en cuanto condena al recurrente por tres delitos diferentes y en base a una fotocopia simple de un documento, sin haberse probado conforme a derecho la existencia de la infracción.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Corte advierte claramente que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia ha rebasado el ámbito de sus competencias vía recurso de casación, accionar que deviene claramente en una vulneración al derecho al debido proceso de las partes, conforme lo dispone el artículo 76 numeral 1 de la Constitución, y por consiguiente al derecho a una tutela

judicial efectiva en los términos reconocidos en el artículo 75 de la Carta Fundamental. Como corolario de lo dicho, la sentencia objeto de la presente acción carece de motivación, pues inicialmente reconoce la imposibilidad legal que tiene de pronunciarse sobre el acervo probatorio, para finalmente casar la sentencia a partir del análisis de la valoración probatoria efectuada por el tribunal inferior.”

5.13. Los razonamientos judiciales que fueron revocados por la decisión constitucional no son materia de la presente resolución.

Corresponde revisar, si entre los antecedentes y la conclusión constan las violaciones que señalan los recurrentes, y de ser afirmativa la respuesta, determinar sus efectos.

Reprueba el acusador particular, la sentencia indicando en lo sustancial que:

i. La afirmación del Tribunal juzgador de que los acusados no registran antecedentes policiales ni penales, es equivocada, se demostró que César Augusto Vallejo Schwarzenbach fue declarado autor del delito de perjurio, cuya sentencia se la introdujo como prueba de reincidencia y peligrosidad.

La reincidencia ameritaba aplicar lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 81 del Código Penal, e imponer la pena máxima para esa conducta, lo cual no sucedió, lo que constituye contravención de la norma señalada.

ii. Debe el Tribunal de casación ordenar el enjuiciamiento penal del procesado por el delito que se pune en el artículo 402 del Código Penal.

Sobre la primera objeción:

En la sentencia impugnada no se establece que en contra del procesado se hayan acreditado agravantes, al contrario, el representante de la Fiscalía, cuando contestó a las fundamentaciones de los recurrentes, expresó que no hay constancia alguna al respecto, por lo que se niega la pretensión planteada, ya que no cabe la argumentación del acusador particular.

Acerca de su pretensión segunda objeción, que se ordene el enjuiciamiento del procesado por presunto cometimiento del delito descrito en el artículo 402 del Código Penal, es la Fiscalía la titular de la acción penal y quien decide lo pertinente, más aun cuando esta argumentación ya está en su conocimiento.

Reprueba el sentenciado la decisión del Tribunal de juicio indicando en lo sustancial que:

i. Se le condenó como autor de los delitos tipificados y sancionados en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal, que describen y sancionan figuras delictivas diferentes, inobservando lo dispuesto en los artículos 312 y 315 del Código de Procedimiento Penal, violando sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 76.7 y 77.7 de la Constitución de la República.

ii. Debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, que reza que no podrá iniciarse el proceso penal, antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial, estableciéndose el requisito de prejudicialidad civil.

iii. La letra de cambio no cumple los requisitos de los artículos 410, 411 y 472 del Código de Comercio.

iv. Fue condenado por falsificación de instrumento público y de instrumento privado y supuesto uso de documento falso, sobre la base de una copia simple, e inobserva lo determinado en el artículo 341 del Código Penal; así como que con esa letra de cambio se ha realizado el aumento de capital de TELEMERC S.A.

v. Se ha transgredido los artículos 146 y 148 del Código de Procedimiento Penal, 4 del Código Penal y 76,4 de la Constitución de la República.

Sobre la primera objeción:

Como se expuso anteriormente, la teoría del caso fue por falsificación de firma en un documento privado, y el auto de llamamiento a juicio por el delito de utilización dolosa de documento falso, no como señala el Tribunal del juicio en sentencia de mayoría, esto es la utilización dolosa de la copia de un documento falso, la falsificación de un instrumento público y de un instrumento privado.

Esto afectó al principio de congruencia, y por tanto al derecho a la defensa.

Sobre el principio de congruencia en materia penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*; dijo:

“a) Principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia.

67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-a-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación...”.

En el presente caso la narración de los hechos por la Fiscalía es distinta a la que concluyó el tribunal del juicio, si los hechos fueron falsificación de firma en un documento, la sentencia no debió pronunciarse sobre los hechos que no tuvieron relación o conexión con los mismos.

El artículo 315 del Código de Procedimiento Penal dispone que:

“Art. 315. Limitación de la sentencia. El Tribunal de Garantías Penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en

el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos”.

Como se anotó, los hechos del auto de llamamiento a juicio no fueron confirmados por la Fiscalía al mantener su acusación. El auto de llamamiento a juicio fue por uso doloso de documento falso, la acusación fiscal en el juicio fue por falsificación de firma en un documento; y, la sentencia por tratar de engañar a un socio, y a funcionarios administrativos y, por utilización dolosa de una copia de un documento falso. Para que exista el delito de falsificación, descrito y reprimido en los artículos 339 y 340 del Código Penal, es necesario que existan tres elementos a saber: **a)** La alteración de la verdad en un documento público o privado; **b)** La alteración de la verdad debe realizarse en alguna de las formas expresamente descritas por la ley; y, **c)** Perjuicio a terceros.

Describe y pune el artículo 339 la falsedad cometida en instrumentos públicos, escrituras de comercio, contratos de prenda u otra actuación judicial, así:

“Art. 339. Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido usa 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.”

A su vez, el artículo 340, para punir los casos de falsedad cometida en instrumentos privados, excepto cheques se remite al artículo 339, así:

“Art. 340. El que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques, será reprimido con dos a cinco años de prisión.”

Y, el artículo 341 prevé la posibilidad de sancionar a quien usa dolosamente los documentos falsos, así:

“Art. 341. 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”.

En consecuencia, si se trata de responsabilizar y punir a quien utiliza con mala fe un documento falso, cuando no ha sido el autor, debe hacerse como si lo fuera, si se ha acreditado la falsedad de un instrumento privado (Art. 340) por alguno de los medios que señala el artículo 339.

En el presente caso, esto no ha ocurrido pues al sancionarse al señor César Vallejo no se le ha dicho por qué acto, ni aplicado la calificación jurídica pertinente; y cómo el juez del juicio llegó a la certeza de su responsabilidad.

El artículo 341 del Código Penal castiga a quien usa dolosamente un documento falso, en la sentencia recurrida no se establece ni se analiza sobre el uso doloso del supuesto documento falso, pues expresa que se engañó a un socio, se trató de engañar a autoridades administrativas, lo que ni siquiera conllevaría a un delito consumado, como tampoco consta en la sentencia reprochada cómo se utilizó el original de la letra supuestamente falsificada para perjudicar al acusador y tratar de engañar a los funcionarios administrativos.

Transgrediendo al artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, que condiciona:

“Art. 312. Condena. La sentencia que declare la culpabilidad deberá mencionar cómo se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone. También debe determinar, cuando corresponda, la suspensión condicional de la pena y debe fijar el plazo dentro del cual se ha de pagar la multa.

Se debe decidir sobre las costas, la entrega de objetos incautados, el decomiso y la destrucción de objetos, según lo previsto en la ley”.

Consta de la sentencia reprochada que se condenó al recurrente por los delitos tipificados y sancionados en los artículos 341, 340 y 339 del Código Penal vigente, por tres delitos diferentes que se vinculan entre sí únicamente cuando se cumplen determinados requisitos legales, entre éstos:

- a)** Que se encuentre relacionada la actividad del procesado con el uso doloso de un documento falso.
- b)** Que los hechos acusados por la Fiscalía sean sobre los que se pronunció el juez pluripersonal del juicio.

Respecto del cuestionamiento ii, el presente caso no se trata de una cuestión prejudicial en tanto esta es en ocasiones un obstáculo y en otras un requisito previsto en la ley, que debe resolverse previamente a iniciar una acción.¹¹. Una letra

¹¹ En el caso 0048-2012- por estafa, la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia dijo: “En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen casos de cuestiones prejudiciales a la acción (no las tenemos respecto de la pena) y son: de materia civil a penal (falsedad de instrumento público, cuando se la ha demandado antes del inicio del proceso penal: Art. 184 Código de Procedimiento Civil; raptor seguido de matrimonio: Art. 532 Código Penal; insolvencia, quiebra: art. 520 Código de Procedimiento Civil; disposición arbitraria de bienes con prenda especial: Art. 574 Código Penal; disposición arbitraria de bienes adquiridos con reserva de dominio: Art. 575 ibídem; al tratarse la colusión, Disposición Reformativa y Derogatoria 9, Código Orgánico de la Función Judicial); de materia penal a penal (malicia de la denuncia, de la acusación particular, de la querrela: Art. 494 Código Penal, Arts. 51, 54, 61, 245, 249, 373 Código de Procedimiento Penal), de materia penal a civil (indemnizaciones provenientes de un proceso penal: Art. 31 Código de Procedimiento Penal), de materia administrativa a penal (Art. 78 Ley de Seguridad Social; Art. 46 Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador).

El Código Penal en el artículo 574 tipifica varios actos relacionados con la remoción, destrucción, disposición arbitrarias de los objetos dados en prenda industrial o agrícola, requiriendo que estos juicios se iniciarán por orden del juez de lo civil.

Esta infracción se ha diseñado para proteger al acreedor prendario frente al abuso o la negligencia del deudor; contiene la salvaguarda del contrato con una acción penal, la misma que puede extinguirse si hasta antes de rendir versión el procesado pone a disposición del juez la prenda.

de cambio es un instrumento privado, el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la prejudicialidad por demanda de nulidad de instrumentos públicos.

Sobre la alegación que realiza en el numeral iii de su planteamiento, no es materia de casación analizar si la copia de la letra de cambio reúne los elementos civiles.

Acerca de la impugnación iv, sobre la base de la sentencia en una copia de un documento, esto ya lo decidió la Corte Constitucional, como un exceso de los jueces de la Sala Penal que resolvió anteriormente la casación, revisando las pruebas.

Respecto del cuestionamiento, las normas mencionadas disponen que para que una prueba sea eficaz en el juicio debe cumplir requisitos que no pueden ser soslayados por autoridad alguna, norma que tiene relación con las contenidas en los artículos 76.7, h), g); 11 y 11.2 de la Constitución de la República. Sin que el acusado haya indicado que pruebas adolecen de tal vicio, para que el Tribunal de casación se pronuncie sobre la pertinencia o no del pedido.

Existe indebida aplicación de la ley, “cuando ésta ordena que a determinada infracción se le imponga tal pena y la sentencia dictada se equivoca en este mandato y aplica una sanción que no corresponde a la señalada para el delito cometido; entonces hay que tener en cuenta que aquí se aplica la ley pero en forma que no es adecuada o sea indebidamente, pues se sale de las prescripciones sustantivas que en el Código Penal rigen el señalamiento de las sanciones... Es la aplicación de la norma precepto a un caso distinto al contemplado en ella; esto se relaciona con el contenido material de precepto al sancionar el hecho con una disposición distinta e inaplicable al caso concreto; por ejemplo, penar un homicidio con la disposición del homicidio agravado.”¹² Lo que ha ocurrido en la especie y es motivo para casar la sentencia impugnada.

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, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional del Ecuador, por unanimidad, y con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación presentado por el acusador particular. De conformidad con el artículo 358 del Código Adjetivo Penal, enmendando los errores de derecho que se han indicado, casa la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, el 9 de junio de 2010, a las 15h00, y dicta sentencia ratificando el estado de inocencia del ciudadano César Augusto Vallejo Schwarzenbach, se cancelan las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen. La acusación particular presentada, no es maliciosa ni temeraria. **Notifíquese y cúmplase.**

f.) Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional Ponente, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional, Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

XV

Juicio nro. 19-2012

Juicio penal en contra de José Arcesio Vásquez Marín por tráfico ilegal de migrantes y muerte de un menor de edad propuesto por Margarita Mercedes Chimborazo Guamán.

SÍNTESIS:

De oficio se casa la sentencia impugnada por existir indebida aplicación del artículo 78 de la Constitución de la República. Pretende el recurrente que se discutan las pruebas de cargo y descargo que demuestren la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, lo cual está vedado en esta instancia de casación, donde solo es procedente analizar violaciones al derecho material o formal, tanto más que las pruebas actuadas en relación a los hechos fácticos, ya fueron valoradas en su momento por los juzgadores, en uso de su autonomía, exclusividad, e independencia como ente jurisdiccional y en aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba y con base a las reglas de la sana crítica.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Gastón Iturralde A.

TRIBUNAL TERCERO DE GARANTÍAS PENALES DEL CHIMBORAZO. Alausí, Jueves 14 de febrero del 2013. Las 10h55.

VISTOS: El señor Juez Multicompetente del juzgado de Chunchi dentro del Juicio nro. 19-2012, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de José Arcesio Vásquez Marín, considerándole autor del delito tipificado y sancionado en el art. innumerado a continuación del art. 440, Capítulo XII, art. 440.2.1 del Código Penal, acogiendo el dictamen acusatorio de la Fiscalía en el mismo sentido en cuanto a los hechos ocurridos en el Municipio de San Fernando,

El Código Penal en el artículo 575 tipifica la venta, permuta, arrendamiento, prenda o entrega a otra persona a cualquier título, de bienes muebles comprados con reserva de dominio, salvo el caso de autorización expresa y escrita del vendedor, disponiendo que para que pueda iniciarse la acción penal por tal delito se requiere orden del Juez Civil, remitiéndose al inciso cuarto del artículo 574 del Código Penal.

¹² Ab. Patricio Culquicóndor Maza, “La casación”.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7334:la-casación&catid=50:derecho-penal.

Tamaulipas, México, en los que presumiblemente ha sido víctima un compatriota llamado NN. El estado de la causa es el de resolver y para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** La competencia del Tribunal se encuentra asegurada de conformidad con lo dispuesto según los arts. 28 del Código Adjetivo Penal y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO:** No se observa ninguna violación de trámite que pudiera provocar la nulidad de la causa, por lo mismo se declara válido todo lo actuado. **TERCERO:** El art. 25 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que: “PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas. “Precisamente desde la óptica del respeto a las normas constitucionales, tratados internacionales y aplicación de la ley es que se ha sustanciado la causa para juzgar la conducta del acusado José Vásquez y también los derechos del Ministerio Público. **CUARTO:** Teoría del caso. El señor fiscal expone su teoría y expresa que el 26 de agosto del 2010 se tiene noticia a nivel mundial a través de los medios de comunicación sobre el asesinato de 72 personas en Tamaulipas, México, noticia que causa estupor, iras, indignación y pena, después por intermedio de Cancillería y la Secretaría Nacional del Migrante se comprobó que entre estas personas se encontraba un compatriota, un ecuatoriano, y se trataba del menor NN oriundo de la ciudad de Chunchi en la provincia de Chimborazo; llena de ilusión a la madre, dice, de cumplir el sueño americano, o sea llegar a los Estados Unidos de América y es así que logra su fin y de acuerdo a lo pactado viaja el 16 de julio de 2010 a Honduras pero ya en agosto del mismo año de 2010 se encuentra entre las personas fallecidas en Tamaulipas. Estos son los hechos que según afirma el fiscal probará en el trámite de la audiencia. El señor abogado del procesado expone su teoría del caso y expresa que en julio de 2010 Freddy Marcelo Zhumy es el que llega hasta Chunchi y contacta a la madre del menor llamada Margarita Mercedes Chimborazo Guamán, él es quien la conduce a Cuenca, la ofendida no conoce a Vásquez, conoce a Zhumy, que en la población es el que estaba encargado de los papeles para sacar el pasaporte y como no pudo conseguirlo entonces hace los trámites en la ciudad de Cuenca, los trámites los hizo Zhumy, enfatiza el expositor, la misma ofendida dice que es Zhumy que la llevó a Cuenca, pero posteriormente cambia y lo involucra al señor Vásquez, cuando su único delito es trabajar en un parqueadero de vehículos en la ciudad de Cuenca. Dice que el que debía estar en la sala es Zhumy. Por todo lo expuesto solicita que se confirme la inocencia de su defendido y lo que pasa es que por la influencia perniciosa de la Fiscalía General se inició una cacería de brujas y a su defendido se lo aleja de su familia violando su dignidad humana. Se da el caso de que terceras personas reconocen a supuestos responsables en fotografía pero con prueba documental demostraré, dice, la teoría del caso. **QUINTO:** Medios de Prueba de los sujetos

procesales. El señor Fiscal solicita que se tenga como prueba de su parte lo siguiente: 1. Documento público del movimiento migratorio de Ana Lucía Bohórquez, que salió del país el día 16 de junio de 2010; 2. Tarjeta de filiación de NN y número de cédula; 3. Tarjeta índice del Registro Civil; 4. Documentos públicos remitidos desde México por la Subsecretaría de Servicio Consular, se trata de los expedientes de las personas encontradas sin vida y de las diligencias practicadas a 72 cadáveres, de los cuales se ha identificado plenamente a 31 cadáveres; 5. Protocolos de autopsias. 6. Tarjetas de defunción. 7. Informes médico legales y fotografías; 8. A fs. 410 del expedientillo aparece la diligencia a un cuerpo todavía inidentificado, N.N. cadáver nro. 35 y es perteneciente al nacional NN y se encontraba con las heridas que se describen en el protocolo; 9. La denuncia pública presentada por Margarita Mercedes Chimborazo Guamán, madre de NN, y se refiere al pago inicial y al lugar desde donde salieron; 10. Diligencia técnico pericial practicada por peritos legalmente nombrados y que previa posesión realizaron la pericia en cuanto al reconocimiento del lugar de los hechos por parte del señor Cabo de la policía Diego Cando Carrillo; 11. La fotografía nro. 3 donde aparece el lugar en que se entregó el dinero; 12. Varios anexos del Registro Civil que certifican la inscripción tardía de defunción de NN en San Fernando de Tamaulipas y tiene varios anexos sobre el embalsamamiento, acta de defunción y traída del cadáver al país. **SEXTO:** Testimonio de la ofendida Margarita Mercedes Chimborazo Guamán, manifiesta en lo principal, que por el sector Tauri, andaba un coyote pidiendo siempre que mande a mi hijo a los E.E.U.U., porque de la comunidad se han ido bastantes personas entre éstos se encuentra un amigo de mi hijo llamado Marcelo Quishpe Lema; que el coyotero se hace llamar Carlos pero le han dicho que su nombre es José Vásquez, fue el mismo que habló conmigo y me convenció que le mande a mi hijo, dice. El dinero lo consiguió presándole a la hermana Delfina Chimborazo y al papá de su hijo llamado Jesús Peñafiel y que pagaría cuando NN llegue a los Ángeles, sin embargo, como su hijo es menor de edad razón por la que el coyotero no pudo sacar el pasaporte en Cuenca, por este motivo le pidió que consiga un poder por parte del padre de NN que vive en Spring Valley Nueva York y así con el poder se fue a Cuenca el día miércoles 15 de julio de 2010 para sacar el pasaporte para su hijo NN, una vez que se encontró con el coyote éste las dejó en compañía de la esposa llamada Lourdes, sacaron el pasaporte y se fueron a una oficina en la que en un papel le pusieron el Hotel al que iba a llegar su hijo NN a Guatemala, ese mismo día el coyote se llevó a NN a Quito y no lo volvió a ver. También declara que el coyote le dijo que tenía que darle 11.000 dólares, pero como ella no tenía dinero en ese momento, entonces debía hacerlo cuando llegue a los Ángeles, sin embargo, si le dijo que debía cancelarle 200 dólares inmediatamente, entonces el papá de NN le envió el dinero por la Agencia Corporaciones Unidas. Cuando NN se encontraba en Guatemala el coyote le dijo que debía cancelarle 2.000 dólares, aunque antes

le había dicho que debía pagarle todo cuando llegara a Los Ángeles, así no era el negocio, y que si no lo hacía no lo sacaría de Guatemala. Afirma que el coyote la llamaba desde los celulares nros. 080690437, 087033923 y 080210680, a su celular nro. 098548937. Dice que NN se encontraba por tres semanas en Guatemala y ella se comunicaba con su hijo llamándolo al teléfono que el coyotero le había dado. En cuanto a los 2.000 dólares fue el papá que envió el dinero y el coyotero fue a su casa a retirar el dinero. Dice que el coyote andaba en una camioneta Mazda doble cabina y color blanco y en otra ocasión en una camioneta también doble cabina pero roja; el señor joven que hace de enganchador se llama Zhumi y es el que llevó a su hijo a Cuenca y llegó debajo de su casa en la camioneta de José Vásquez, este señor Vásquez es el que llegaba a su casa en horas de la mañana o de la tarde ofreciendo llevar a mi hijo NN a los EEUU. Zhumi es el que no pudo sacar el pasaporte para su hijo porque es menor de edad, por eso es que dio el poder el padre llamado Manuel José Yupa Yupa. A una pregunta del señor Fiscal sobre si puede identificar a José Vásquez y si se encuentra en la sala la testigo lo identifica plenamente como la persona acusada y en el momento se encuentra en la sala de audiencias.

SÉPTIMO: Peritos y testigos presentados por la Fiscalía. 1. Comparece el Sargento 2do. de la Policía Gustavo Chimbo Chimbo, es miembro de la policía por espacio de 19 años, tecnólogo del área de Criminalística en la provincia de Pichincha, desde hace 3 años y trabajó en el departamento de Identidad Humana de la misma Policía por espacio de 4 años; la identificación de una persona puede realizarse mediante el examen de las huellas dactilares y el aspecto fisonómico, de esta manera identificó el cadáver concluyendo que se trataba del menor NN, conclusión a la que llegó y no hay posibilidad de equivocación pues el análisis de las huellas dactilares es por puntos que son característicos a cada persona o no lo son, informe pericial al que acompaña también un C.D. El examen de la huella dactilar se ha practicado tomando la huella digital del pulgar izquierdo que se encuentra en la tarjeta necrodactilia 35 del archivo digital de necrodactilias y que fue remitido por la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos, este sería el documento dubitado, con la huella correspondiente al dígito pulgar izquierdo que consta en la tarjeta de filiación existente en la Oficina de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Chimborazo de NN y cédula de ciudadanía nro. xx documento indubitado, se concluye que han sido estampadas (las huellas) por el mismo pulpejo y dígito de una misma mano, correspondiendo en consecuencia a una misma y única persona, dice el perito, corresponde entonces al ciudadano NN. El señor abogado de la defensa interviene y cuestiona la técnica empleada en la comparación y reconocimiento de las huellas dactilares, considera que el examen de ninguna manera debió haberse practicado con copias certificadas como son los documentos enviados desde México y también que así se ha roto la cadena de custodia; el perito de la Policía responde que la experticia se hizo estudiando los puntos ca-

racterísticos dentro de la huella y así puede concluirse sin margen de error que efectivamente le corresponde a una persona. Dice además que la cadena de custodia se inicia desde el reconocimiento del lugar de los hechos. El Sargento Chimbo define lo que es un perito, cuáles son las áreas que forman parte de la Criminalística y se refiere también al análisis biométrico de las voces, además sostiene que en cuanto a la identidad humana no existe margen de error pues se trata de una persona o no es esa persona y él es un experto en identidad humana. En cuanto a la tecnología empleada en la experticia señala las lupas de alta resolución y potencia, la escopometría y sistemas Afis y de medición. 2. Comparece el Cabo de la Policía Diego Cando Carrillo, con 11 años de antigüedad en la Policía, actualmente se encuentra en Tungurahua pero antes estuvo en Chunchi durante 1 año 2 meses en el año de 2012; tiene experiencia en la práctica de reconocimiento del lugar de los hechos, pues actuó por unas 40 o 50 ocasiones en Chunchi; en cuanto al reconocimiento practicado a la vivienda perteneciente a Margarita Guamán Chimborazo, el perito describe el sitio como una escena abierta que se encuentra a unos 500 metros de un camino de tierra que conduce a Cullun, una comunidad del sector; es un lugar con escasa circulación vehicular y peatonal, semi poblado, no existe alumbrado público ni señalización. Dice el perito que en el lugar se aprecian dos viviendas contiguas, una vivienda es de una planta de construcción de hormigón armado y la otra también de hormigón armado y de una planta, color beige y franjas de color rojo habitada por la señora Margarita Chimborazo Guamán, se encuentra un patio de tierra de dimensiones 4 x 4, aproximadamente, y la señora Margarita Guamán ha señalado el lugar en el que se entregó el dinero, así como está en la fotografía, es por eso que también adjunta fotografías del lugar. El señor abogado defensor interviene y cuestiona lo relativo a la hora expresando que la distancia desde la Fiscalía hasta la comunidad Tauri es de unos 15 kilómetros y que el señor Fiscal no estuvo presente en la diligencia y solamente delegó la diligencia; además las llamadas telefónicas hechas desde un celular no corresponden al número de celular utilizado por José Vásquez. También afirma que el Juez Multicompetente violenta el debido proceso al darle valor probatorio a copias certificadas y no cuenta con originales para hacer la comparación de huellas o firmas, en consecuencia se ha roto la cadena de custodia.

OCTAVO: Testimonio del acusado. José Arcesio Vásquez Marín, comparece y declara con juramento que no ha participado en nada, que no es culpable, que el señor Zhumi debería estar aquí para encararlo, que sí tiene una hija en Chunchi con la Ing. Quezada; que la señora Chimborazo no le conoce a él, cuando hicieron el reconocimiento e identificación en la cárcel de Cañar les hicieron pasar a todos flacos y ninguno gordo como él; luego relata las dificultades que tiene en la cárcel de Guayaquil, ya que no ha matado a nadie, afirma que no ha cogido nada de dinero. Los peritos y testigos propuestos por la defensa son los siguientes: 1. Carlos Armando Fajardo Salinas, dice que tiene 24 años de edad y

trabaja en sistemas y que conoce a José Vásquez desde el año 2010 más o menos, afirma que él le daba mantenimiento a las computadoras. 2. Milton Leandro Quezada Cayambe, es comerciante en Cuenca y lo conoce a Vásquez desde enero de 2010 hasta el mes de agosto; dice que Vásquez era chofer y lavaba carros desde las 08h00 hasta las 17h00, no se enfermó ni pidió permiso durante el tiempo que trabajó para él; y que nunca vio personas extrañas, del campo que lo fueran a buscar. Afirma que lo que tiene declarado es porque lo conoce y es la verdad. 3. Juan Peña Aguirre, abogado, perito presentado por el acusado, contestando el interrogatorio, dice que es perito en Dactiloscopia y Director del Instituto Particular de Criminalística en la ciudad de Cuenca, además de profesor en la Universidad Estatal de la misma ciudad, ha realizado estudios de posgrado en España y Argentina acerca de la especialidad de Criminalística. Cuestiona el sistema empleado por la Policía en la identificación de las huellas dactilares de NN y considera que un único sistema eficiente de identificación de huellas dactilares es el sistema AFIS, los otros, como la lupa de alta resolución y la línea métrica, no permiten conocer eficientemente los documentos dubitado e indubitado porque distorsionan la imagen, además, dice, no son un sistema sino solamente instrumentos. El señor abogado de la defensa afirma que de acuerdo al movimiento migratorio su defendido nunca ha salido del país e impugna también los documentos enviados desde la ciudad de México porque se trata solamente de fotocopias; y, de igual forma, el informe de reconocimiento del lugar de los hechos ya que ha sido practicado de manera extemporánea fuera de la hora convocada para tal diligencia; también impugna el informe de criminalística en lo que tiene relación con el análisis de la huella dactilar que consta en la tarjeta de filiación del Registro Civil de Chimborazo, que ha sido indubitada con la huella dactilar constante en la tarjeta necrodactilia 35 del archivo digital de necrodactilias enviado por la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos. **NOVENO:** El debate se inicia de conformidad con lo dispuesto en el art. 302 del C.P.P. y el señor Fiscal interviene y dice, que el tráfico ilegal de migrantes está disgregando a la sociedad, carcomiendo a la sociedad, se estima que son 150.000 personas las que abandonan su país de origen de manera ilegal pero en realidad las cifras llegan a 400.000 migrantes y 22.000 pierden la vida, NN forma parte de los alrededores de 12.000 ecuatorianos que no han podido llegar, no han cumplido su sueño americano, se pierden, los plagian, los integran a bandas o como sucede con NN los asesinan. El art. 85 del Código Adjetivo Penal dice que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado y en esta causa se ha comprobado la muerte de NN con las experticias practicadas por los peritos de la oficina de Criminalística de la Policía del Ecuador a los archivos de las imágenes que en un formato especial de toma de huellas dactilares, esto es, necrodactilia, han sido remitidas a la Fiscalía General de nuestro país por la Procuraduría de la República de México que refieren las circunstancias en que fue asesina-

do; por otra parte, Margarita Chimborazo, madre de NN, nos explica las circunstancias que precedieron a la muerte de su hijo cuando identifica claramente a José Vásquez como el coyotero que insistía en que mande a su hijo menor de edad a Los Ángeles, que él podía hacerlo entrar a los EE.UU., y después cómo fue acosada para que pague los 2.000 dólares cuando ya NN se encontraba en Guatemala, y las amenazas de que era objeto en caso de que no le diera los 2.000 dólares pues lo dejaría en ese país. También la madre de NN nos ha dicho que una vez que fue informada de la muerte de su hijo el coyote le prometió que devolvería el cuerpo y también que le iba a dar 20.000 dólares, además que el menor fue identificado plenamente por parte del perito de la Policía utilizando el sistema de identidad humana y así se comprobó que se trataba del compatriota NN. Cuestiona los conocimientos del perito abogado Juan Peña, presentado por la defensa del acusado, pues, dice, no conoce siquiera los laboratorios de la Policía. También afirma que la Ley de Registro Civil autoriza el cambio de firma de un ciudadano, esto en cuanto al cuestionamiento de que la firma de la tarjeta índice de 10 de julio de 1980 y la de 1 de agosto de 2012 son diferentes; refiriéndose al rompimiento de la cadena de custodia, reclamada por la defensa del acusado, dice que los documentos provenientes del exterior han sido debidamente recabados por el Ministerio Fiscal de ahí que los documentos de autopsia y diligencias practicadas son valederas. Este delito, continua su intervención, es de “consumación anticipada”, basta que saque a una persona de su lugar de origen que es el Ecuador y no se necesita probar su consumación, se ha probado la afectación, verbo rector del art. 440.2.1 inciso 5º solicitando que se le imponga la máxima pena determinada en esa disposición del Código Penal, pues se ha comprobado la responsabilidad de Vásquez en calidad de autor, sin considerar atenuantes pues que no las ha justificado. El señor abogado defensor de José Vásquez, interviene y cuestiona la delegación dispuesta por el señor Fiscal en la práctica del reconocimiento del lugar de los hechos ya que viola disposiciones procesales penales pues no fue practicada por el Fiscal; en lo referido al cotejamiento de las huellas dactilares enviadas desde la Procuraduría General de la República de México con las huellas de constantes de la tarjeta índice que reposa en el Registro Civil, son cuestionadas, impugnada tal pericia, pues el fiscal debió haber viajado a México y así coger las huellas para que de esta manera la comparación y diligencias sean válidas. Se ha probado que el señor Vásquez jamás ha salido del país; ya Margarita Chimborazo lo dice fue Zhummy el que llevó a Cuenca a su hijo para realizar los trámites y le ha pedido dinero. **DÉCIMO:** Esta es la prueba actuada en la presente causa en cuya sustanciación se han respetado absolutamente los derechos constitucionales de los sujetos procesales involucrados particularmente los arts. 11, 75, 76, 168, 169, 172, 424 y 426 de la Constitución, que garantizan entre otros el derecho a un debido proceso aplicando los principios de concentración, oralidad y dispositivo. **DÉCIMO PRIMERO:** El art. 85 del Código Adjetivo Penal

establece que: “La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.”, al efecto, previo a entrar al análisis de la prueba para justificar la existencia material del delito acusado, esto es, la salida ilegal al exterior de una persona y su posterior muerte probablemente en este viaje, y, también, consecuentemente, la presunta responsabilidad del acusado, es necesario definir qué es la prueba pericial. Al respecto el profesor Cafferata Nores dice que “la pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en conocimientos científicos, técnicos o artísticos para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba (Cafferata 1998). El fundamento es que el juez no puede tener un contacto integral de todas las materias o ciencias y, particularmente, de todo lo que es objeto del litigio, por lo cual acude al auxilio de diferentes expertos. Los dictámenes científicos dan certeza al juzgador pues producen un resultado objetivo que de hecho obliga al juez. “El Dr. Luis Abarca Galeas en su obra *La Lógica de las Pruebas*, su contenido científico y la presunción judicial, págs. 43 y 44, dice que: La prueba material en el proceso penal consiste en el conocimiento de los elementos objetivos producidos durante el proceso de manifestación del delito: conocimiento que se ha introducido en el proceso mediante el adecuado medio de prueba material. Estos elementos pueden consistir en el resultado típico material, en los instrumentos empleados para ocasionarlo y en los vestigios, huellas o rastros que se han producido concomitantemente con el proceso delictivo en relación conexas de medio a fin o de ocasión o motivo. En esta virtud tenemos que, solamente pueden ser objeto del medio de prueba material elementos de la realidad objetiva que por consistir en alteraciones, modificaciones o transformaciones físicas del medio geográfico, de las personas y de las cosas, ocasionadas por el proceso de manifestación del delito, permiten al juez reconstruir retrospectivamente este proceso, en todo caso que, con el auxilio de la ciencia y de la técnica y del análisis lógico crítico inductivo puede explicar su significado de indicios y valorarlos conjuntamente con las demás pruebas mediante el sistema de la sana crítica, en forma positiva, aceptándola como prueba de cargo. La naturaleza objetiva de los elementos de la realidad fáctica que son objeto del medio de prueba material, determina que puedan ser percibidos por nuestros sentidos y consecuentemente recogidos y analizados en sus estructuras físicas y composición química, pesados, medidos y por regla general guardados para que las partes procesales y los órganos jurisdiccionales ante los cuales pueden interponer recursos, verifiquen estas operaciones físico sensoriales.” En fin, entonces, según el tratadista, se acude al asesoramiento pericial en cualquier orden de la actividad humana sea esta científica, cultural o artística, para obtener huellas, rastros, vestigios para analizar o recabar muestras de cualquier alteración física o química que hubiera alterado la realidad objetiva de personas u objetos, esto es lo que desde la fuente de prueba se introduce en el proceso mediante el medio de prueba material. **DÉCIMO SEGUNDO:** El Embajador del Ecua-

dor en la República de los Estados Unidos de México mediante nota nro. 4-1-62.2010 de 3 de septiembre de 2010, traslada el oficio nro. DGEAJ/2494/2010, mediante el cual el Director General de Extradiciones y Asistencia Jurídica de la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos, solicita asistencia jurídica dentro del expediente AJI/ECU/277/09-2010-A, abierto para investigar los hechos ocurridos en San Fernando, Tamaulipas, esto en virtud que nuestro país es signatario también de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para prevenir el delito y de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal que, entre otras disposiciones estipula que “Los Estados Partes se comprometen a brindarse asistencia mutua en materia penal de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención. (art. 1 Objeto de la Convención) y que: Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia..., cuyo ámbito de aplicación según el art. 7.h) comprende la “Remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba.” de ahí que México y nuestro país como Estados Partes, se hayan prestado una asistencia judicial recíproca a fin de descubrir a los autores, cómplices y encubridores de la masacre de San Fernando en Tamaulipas, tratándose de un delito transnacional, con esta ocasión remite un CD a la Fiscalía General de la República del Ecuador, conteniendo información sobre las huellas digitales de 46 víctimas que aún no han sido identificadas de las 72 personas asesinadas, 26 ya habían sido identificadas. Es así, que luego del trámite correspondiente ha sido nombrado en calidad de perito el Sargento Segundo de la Policía Gustavo Chimbo Chimbo, debidamente acreditado con el nro. 422 por el Consejo de la Judicatura, única entidad autorizada para nombrar peritos en causas penales, procesales penales y en investigaciones pre procesales penales según el art. 2 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento para el Sistema de Acreditación de Peritos; y, también, de conformidad con lo dispuesto en el art. 94 del Código Adjetivo Penal; integra el Departamento de Criminalística de la Policía en la sección de Identidad Física Humana que entre otras importantes funciones de acuerdo al art. 72 le corresponde practicar. 1. La identificación de personas o cadáveres, mediante la aplicación de los diferentes métodos o sistemas de identificación física humana...; 2. Efectuar la identificación papiloscópica de las personas involucradas en actos delictivos a través de los rastros papilares levantados en el lugar de los hechos; 3. Realizar los análisis comparativos de características fisonómicas, fotografías, videos, huellas u otros elementos, a fin de llegar al establecimiento de la identidad humana...; 5. Mantener la cadena de custodia. **DÉCIMO TERCERO:** El perito Gustavo Chimbo Chimbo, presenta el informe Técnico Pericial de Identidad Humana cumpliendo con la disposición del señor Fiscal General del Estado en cuanto a que practique el examen de identidad humana con

el fin de conocer la identidad de los presuntos ecuatorianos que hubieran muerto en Tamaulipas, México, pero antes de entrar propiamente al análisis del informe pericial es necesario definir someramente qué es la identidad, al respecto el Dr. Edulond Locard dice que la identidad “es la cualidad o conjunto de cualidades que posee una cosa que la diferencia de todas las demás”, y la identidad personal “es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue.”; en cuanto a las características biométricas opina que son varias y sirven para probar que el individuo es un ser único en el universo y que por consiguiente ninguna otra persona es idéntica a otra. Entre las características están las huellas dactilares, huellas de las palmas de las manos y pies, las orejas, el paladar de la boca, el iris del ojo, el rostro, la voz, la forma de caminar y otras. Entonces las propiedades de los datos de una persona deben ser: constitucionales al individuo, es decir, que lo hagan único respecto al resto de la población; y, que sean invariables a lo largo del tiempo, para el caso de que se necesite identificar a un individuo más de una vez en el transcurso de la vida. En el caso que nos ocupa el perito de la Policía ha dubitado los archivos de imágenes digitales de la huellas dactilares remitidas, esto es necrodactilia, por la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos, el elemento dubitado refiere al elemento que ha sido cuestionado, con el elemento indubitado, esto es, no cuestionado, que son las copias certificadas que reposan en la Dirección de Registro Civil, Identificación y Cedulación; el perito al interrogatorio explica que la pericia se hizo estudiando los puntos característicos dentro de la huella y así se puede concluir que se trata de una misma persona, o sea, NN y que para ello se utilizó una fuente lumínica halógena y una lupa cuenta hilo de 10m aumentos y que para la mejor visualización de las huellas comparadas contó con una cámara digital de la estación de Latentes del Sistema Automatizado de Identificación Dactilar (AFIS) y así se procedió a fijar las huellas analizadas, por lo mismo concluye que “La impresión dactilar digital correspondiente al digital pulgar izquierdo obrante en la tarjeta necrodactilia 35 del archivo digital de necrodactilias, remitidos por la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos (elemento dubitado), con la huella correspondiente al dígito pulgar izquierdo obrante en la tarjeta de filiación existente en el Registro Civil, Identificación y Cedulación del Chimborazo, a nombre de NN, Cédula xx, número de especie xx (elemento indubitado), fueron estampadas por el mismo pulpejo, del mismo dígito, de una misma mano, de una misma y única persona, correspondiendo al ciudadano ecuatoriano NN.”, ratificándose en el informe presentado y por lo mismo concluye que las huellas analizadas corresponden a un mismo pulpejo y dígito de una misma mano de un mismo y único individuo. El señor abogado defensor sostiene que el examen de las huellas dactilares de ninguna manera debió practicarse únicamente con copias certificadas enviadas desde México, al contrario el perito debió viajar a ese país para realizar la comparación y cotejo de las huellas, motivo por el

cual se rompió la cadena de custodia, argumento que no se acepta puesto que la cadena de custodia se inicia con un registro, una descripción de cada uno de los objetos o elementos encontrados y el lugar exacto en donde fueron hallados y las características de los mismos, condiciones que obviamente cumplen los documentos que comprenden el expediente AJI/ECU/277/09-2010-A, entre los que se encuentran un CD contenido las huellas digitales de 46 víctimas. **DÉCIMO CUARTO:** Pero para esclarecer fehacientemente el asunto de la experticia utilizada para identificar las huellas dactilares y por tratarse de una técnica especializada y restringida para el común de las personas, es necesario definir lo que es el Sistema AFIS en la Criminalística Forense. En el sitio de internet Sistemas AFIS en la Criminalística Forense encontramos que “es un mecanismo ideado por las mayores agencias del mundo, como el *FBI* estadounidense y la Interpol, que consiste en un sistema informático donde las impresiones digitales de criminales se recolectan digitalizan y almacenan en una base de datos. Esta base luego se utiliza una y otra vez con fines de investigación, frecuentemente con el resultado positivo de encontrar una huella coincidente. Tanto la tecnología del equipamiento utilizado (hardware) como los programas que se ejecutan (software) utilizan algoritmos extremadamente avanzados “dice que la AFIS nació para las agencias de seguridad, principalmente debido a que la información de registros criminológicos es cada vez mayor por lo que resulta ineficiente emplear registros manuales. El sistema AFIS guarda las imágenes de las huellas dactilares y huellas latentes en una base de datos informáticos en formato aceptado por las organizaciones policiales como son Sigin, CTI, Interpol, PFA, Francia, Interpol, CIA y otros. Se trata de la informatización de las huellas digitales parciales o completas de cualquier ser humano. Entonces concluimos que el sistema AFIS de identificación de huellas dactilares es eficiente, probado y científico por lo tanto las huellas dactilares dubitadas e indubitadas, corresponden realmente al compatriota NN, sistema cuya eficiencia y calidad incluso ha sido admitida por el señor abogado Juan Peña Aguirre, perito presentado por la defensa del acusado cuando en la audiencia del juicio dice que “un único sistema eficiente de identificación de huellas dactilares es el sistema AFIS”. **DÉCIMO QUINTO:** No se acepta el argumento de la defensa en cuanto a que el reconocimiento del lugar de los hechos fue practicado de manera extemporánea, pues no se ha introducido prueba contundente y solamente queda en el discurso y si bien el señor Fiscal ha delegado al perito de la Policía Diego Cando, de ninguna manera lo invalida pues dentro de sus atribuciones reconocidas según el art. 216 se encuentran las de delegar a la Policía Judicial el reconocimiento de los lugares y recabar huellas, señales, armas y otros objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito (art. 216.10. inc.2° y numeral 2) y, además, recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre los hechos y sus autores, sin juramento, las versiones que dieren, (art. 216.10. inc.2 y numeral

3), es en este sentido que el perito de la Policía practica el reconocimiento del lugar de los hechos y mediante la fotografía nro. 3 se conoce el lugar exacto, en el patio de la casa, en que Margarita Chimborazo entregó 2.000 dólares a José Vásquez para que trasladara a su hijo NN hasta los Estados Unidos de América. **DÉCIMO SEXTO:** Margarita Chimborazo Guamán rinde testimonio en calidad de testigo protegida, esto es, dentro del Programa de Protección y Asistencia a las Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal; el Tribunal de Garantías Penales cuenta con una cámara de Gesell, sin embargo, por no contar con un sistema de audio el tribunal en pleno, el señor Fiscal y el señor abogado de la defensa del acusado, nos trasladamos hasta el interior de la cámara para receptor la versión cumpliendo con lo principal que es evitar que la declarante tenga contacto visual con el acusado, acatando lo dispuesto según el art. 6.d. Así Margarita dice que su marido se encuentra en los Estados Unidos desde hace unos seis años y que su hijo NN estaba con la intención de viajar pero ella le decía que todavía no vaya porque es menor de edad pero viendo que su papá se fue a EEUU, entonces él también se animó a irse. Dice que un coyote andaba rondando la casa todos los días y se hacía llamar Carlos pero se llama José Vásquez y es el mismo que se encuentra ahí, en este momento señala a través de la cámara de Gesell a José Vásquez Marín, por lo que llamó al papá de su último hijo y a su hermana Delfina Chimborazo para que le presten el dinero y que pagaría cuando NN llegara a Los Ángeles; dice que el coyote llevó a su hijo a Cuenca a sacar el pasaporte pero no pudo hacerlo porque era menor de edad, dice la declarante que ella le decía a su hijo NN que no se vaya hasta que cumpla dieciocho años, pero el señor Vásquez le había dicho que pidiera el poder al padre José Yupa Yupa que vive en Spring Valley Nueva York, con ese poder que llegó en 10 días se fue a Cuenca el miércoles 15 de julio para sacar el pasaporte de su hijo NN; dice que en el terminal de Cuenca se encontró con el coyote Vásquez y éste se fue y la dejó con la esposa y ella hizo todo el trámite para sacar el pasaporte, no sabe el nombre pero dicen que se llama Lourdes. Dice que la llevaron a una oficina en donde le pusieron en un papel el hotel en dónde llegaría en Guatemala. Ese mismo día el coyote lo hizo quedar a NN su hijo y le dijo que lo llevaría a Quito, desde entonces no lo volvió a ver más. Como ella le dijo que no tenía dinero él le contestó que no había problema que cuando llegue a Los Ángeles le pagaría 11.000 dólares. Cuando ya estuvieron en Cuenca el coyote les dijo que tenían que pagarle 200 dólares para el camino por lo que NN le pidió al papá y este enseguida le hizo la transferencia y envió por Corporaciones Unidas en donde retiró y le dio a NN para los gastos del viaje. Que cuando su hijo estaba en Guatemala el coyote Vásquez dijo que debían pagarle 2.000 dólares, pero ella le dijo que no pagaría porque quedaron que le daría el dinero cuando su hijo llegue a Los Ángeles, dice también que el coyote la llamaba desde el número 089690437, 087033923 y 080210680 y ella también lo llamaba a esos números y su celular es 098548937. Que el

coyote había llamado al papá de NN para que pague los 2.000 dólares por lo que ella retiró el dinero de la agencia y el coyote retiró el dinero de su casa. Que el coyote le dio un teléfono en Guatemala y ella se comunicó con NN algunas veces. Dice que cuando sucedió la masacre la esposa del coyote llamó el papá y le dijo que NN estaba entre ese grupo pero que no era culpa de ellos, sin embargo iban a correr con los gastos y entregarle el cuerpo, que cuánto más quiere ella para darle. Que el coyote se transportaba en camioneta Mazda blanca doble cabina y en una de color rojo; en cuanto a la esposa de Vásquez refiere que era gorda, blanca y cabello tinturado. Dice que el coyote le ofreció la suma de 20.000 dólares para arreglar todo y es por eso que el papá de NN le pidió que abra una cuenta para depositar el dinero, además agrega que le han dicho que el coyote es rico tiene haciendas y un hotel Vásquez Inn. **DÉCIMO SÉPTIMO:** Las pruebas han sido apreciadas y conducen al supuesto del hecho investigado, los hechos son debidamente explicados y para establecer la responsabilidad con certeza, la prueba ha sido legalmente introducida en el proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 83 del Código Adjetivo Penal, de ahí que la motivación es legítima pues se aplican los principios de oralidad, contradicción y publicidad, debidamente razonada para determinar que los hechos existieron y ocurrieron de una manera determinada y se han respetado los principios de mediación y dispositivo. Consideramos que se ha probado la existencia material de la infracción, se ha valorado la prueba testimonial aplicando la lógica y el raciocinio que es la esencia de la sana crítica como manda el art. 86 ibídem en cuanto a la valoración de la prueba. Los hechos narrados se encuadran en la norma penal de tal manera que se acepta la teoría del caso presentada por la Fiscalía pues mediante la prueba material se establece que efectivamente NN ha fallecido como consecuencia de la actividad de bandas delincuenciales que actúan en San Fernando de Tamaulipas, de la República de Estados Unidos de México, situación que se ha probado con el examen de las huellas dactilares que fuera enviado por la Procuraduría General de ese Estado, aplicando el método de investigación infalible y científico como es el método AFIS ya analizado en considerandos precedentes, se prueba que las huellas dactilares pertenecen a NN; además se prueba que éste salió del Ecuador con destino al país de Honduras mediante el Sistema Informático Integral de la Policía Nacional del Ecuador y con el certificado provincial de Pichincha acerca del movimiento migratorio de algunas personas y entre las que se encuentra NN, además con la copia certificada índice dactilar del Registro Civil de Chimborazo acerca del mismo NN, documentos que gozan del principio de buena fe procesal en tratándose de documentos públicos. El art. 440 innumerado establece: “El que por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave...”, precisamente en la presente causa José Vásquez Marín indujo, promovió y

colaboró para que el menor NN viajara a Centro América, Guatemala, teniendo como destino final Los Ángeles en los Estados Unidos de América, cuando en reiteradas ocasiones insistió a Margarita Chimborazo para que enviara a su hijo NN y no solo eso sino que de alguna manera financió el viaje pues acordaron que una vez en Los Ángeles le pagaría el valor del pasaje y trasladó en forma ilegal, una parte del dinero ya se le entregó en el patio de su casa en la comunidad Tauri perteneciente al cantón Chunchi. Claro que la indujo a Margarita para que envíe a su hijo, sí reiteradamente se presentaba ante ella haciéndole creer que podría enviarlo como ya había hecho con otras personas, incluso consiguió que el padre del menor llamado José Manuel Yupa Yupa le envíe un poder desde Spring Valley en Nueva York, lugar en el que habita, y así tramitar el pasaporte, consiguiéndolo finalmente. **DÉCIMO OCTAVO:** Los hechos son las acciones considerando las circunstancias de tiempo y lugar de las personas que intervinieron y los instrumentos que se utilizaron, el resultado de esas acciones son las pruebas materiales, documentales y testimoniales que se han introducido en la audiencia del juicio celebrada en esta causa; por lo que, de conformidad con lo establecido por el art. 304-A (304.1) del Código Adjetivo Penal, que dice: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo;...” el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, SE DECLARA a José Arcesio Vásquez Marín, cédula de ciudadanía nro. xx, divorciado, ecuatoriano, de 51 años de edad, nacido y domiciliado en la ciudad de Cuenca de la provincia de Azuay, chofer, **AUTOR** del delito de tráfico ilegal de migrantes según lo preceptuado en el art. 440.2.1 del Código Penal que dice: “El que por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave, será reprimido con la pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de veinte a cuarenta remuneraciones básicas unificadas...” sin embargo, en la causa se produjo la muerte de un ciudadano como consecuencia de la actividad ilegal de Vásquez, por lo mismo es aplicable el inciso quinto del mismo artículo que dice: “Cuando los actos de ejecución del delito de tráfico de migrantes produjeren la muerte del emigrante, los culpables serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años...”, consecuentemente se le impone a José Arcesio Vásquez Marín la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, sin considerar circunstancias de atenuación de la pena pues no han sido probadas. Con fundamento en lo (sic).

RECURSO DE APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Rodrigo Viteri A.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.
Riobamba, lunes 1 de abril del 2013. Las 16h42.

VISTOS: La Sala conoce el proceso por el recurso de apelación presentado por José Arcesio Vásquez Marín, de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el 14 de febrero del 2013 las 10h55, a quien le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, por infringir el art. 440.2.1 del Código Penal, en calidad de autor, más las penas accesorias que constan de la propia sentencia. La instrucción fiscal tiene como antecedente la investigación iniciada por la Fiscalía con la finalidad de determinar la existencia de un presunto delito de tráfico de migrantes. Tiene como antecedente la denuncia presentada por los señores José Ricardo Serrano Salgado y María Lorena Escudero Durán, en sus calidades de Ministro de Justicia y Secretaria del Migrante del Ecuador, quienes manifiestan: como es de conocimiento público que Luis Fredy Lala Pomavilla, ciudadano ecuatoriano que fue herido de bala en la ciudad de Tamaulipas en la región de San Fernando del Estado de México, en una acción criminal en que las víctimas fueron migrantes que se encontraron siendo trasladados por parte de traficantes de personas, comúnmente conocidos como coyoteros. De igual forma, consta como antecedente la denuncia presentada por Margarita Chimborazo Guamán, quién indica: ser madre de NN, quién resultó muerto en la masacre de Tamaulipas; agrega que desde el mes de abril su hijo estaba con la intención de irse a los Estados Unidos ya que su padre está allí desde hace seis años atrás y le indicó que no vaya aún porque era menor de edad, pero al ver que su amigo Marcelo Quishpe llegó a los Estados Unidos, se animó a irse; indica que había un coyote que andaba por el sector queriendo llevar a la gente y se hacía llamar Carlos, pero le dijeron a la denunciante que se llamaba José Vásquez, persona que habló con la denunciante y le convenció para que mande a su hijo a los Estados Unidos; entre otras particularidades indica que el coyotero le llamó a su hijo a Cuenca para sacar el pasaporte y regresó por cuanto no pudo sacar ya que era menor de edad, pero el señor le había dicho que llame a su padre para que le mande un poder; con este poder que llegó en diez días, nuevamente se fue a Cuenca el 15 de julio del 2010 a sacar el pasaporte de su hijo Telmo; al llegar a Cuenca se encontraron con el coyote en el terminal y éste les dejó con su esposa quién realizó todo el trámite del pasaporte; que la denunciante no sabía el nombre pero le dicen que se llama Lourdes; sacaron el pasaporte y les llevó a una oficina en donde en un papel pusieron el hotel en que llegaría su hijo en Guatemala; ese mismo día el coyote le hizo quedar a NN diciendo que le llevaba a Quito y se despidió y no volvió a verle; la denunciante le dijo al coyote que no tenía dinero pero éste respondió que no había problema, que cuando llegue a los Ángeles le pagarían once mil dólares y que para el camino el coyote

les prestará, por lo que NN llamó a su padre y éste realizó la transferencia de los doscientos dólares desde los Estados Unidos. Cuando su hijo llegó a Guatemala el coyote dijo que debía pagarle dos mil dólares, por lo que la denunciante le manifestó que no le iba a pagar por cuanto había quedado que le pagarían cuando llegue a Los Ángeles, a lo que respondió que si no le pagaba no le iba a sacar de Guatemala; el coyote llamó al número 089690437, 087033923 y 080210680 y también a su teléfono 098548937. Posteriormente, el cónyuge de la denunciante envió el dinero y retiró de la casa de Mercedes Chimborazo; agrega que el coyotero entregó un número de teléfono en Guatemala y se comunicó con su hijo por varias veces, quién le dijo, que se encontraba preocupado ya que estaba en Guatemala por tres semanas. Cuando sucedió la masacre, la esposa del coyote le llamó al teléfono al padre de NN a comunicarle que su hijo ha fallecido y que le dijeron que no era culpa de ellos y que iba a entregar el cuerpo, corriendo con los gastos y agregando que cuanto más quiere para ellos darle. Finalmente, indica que el coyote es alto, gordo, moreno, cabello negro y que se transportaba generalmente en una camioneta doble cabina color blanca y después en una roja; y, su cónyuge es bien gorda, alta, media blanca, cabello pintado; que son ricos y que tiene una casa por la feria libre de Cuenca y haciendas en Cuenca y en el Oriente. Con estos antecedentes se organizó la instrucción fiscal y concluida dicha etapa el señor Juez Multi-competente con sede en el cantón Chunchi, provincia de Chimborazo, en auto de 20 de noviembre del 2012, las 14h39, dictó llamamiento a juicio en contra de José Arcesio Vásquez Marín, por encontrarle presuntamente inmerso en la conducta tipificada por el art. 440.2.1 del Código Penal. En la etapa de juicio se radicó la competencia en el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el que en sentencia de 14 de febrero de 2013, las 10h55, declaró la culpabilidad de Vásquez Marín, sentencia que ha sido impugnada por medio del recurso de apelación, motivo por el cual el proceso se encuentra en conocimiento de la Sala, la misma que para dictar la resolución respectiva efectúa las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el caso, ya por su especialidad, ya por su jurisdicción territorial que le otorga la ley. **SEGUNDO:** El recurso de apelación de la sentencia es procedente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República, que consagra entre los derechos de protección, el derecho a la defensa que, incluye entre otras garantías, la de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos y art. 343, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por las reformas publicadas en el R.O. nro. 555 de martes 24 de marzo del 2009, que prescribe que el indicado recurso procede respecto de las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado. **TERCERO:** En la sala se evacuó la audiencia oral, pública y contradictoria con el fin de que el recurrente fundamente el

recurso de apelación propuesto; el Dr. Marcelo López patrocinador del sentenciado sostiene: Que el Tribunal inferior no consideró las atenuantes ni las pruebas de descargo; indica que la prueba es medular en el proceso y se la debe revisar íntegramente, y no se la puede valorar en un acta de audiencia de 5 fs., ya que detrás está la libertad de una persona. Manifiesta que existe duda y según el art. 4 del Código Penal y 76 de la Constitución de la República, ésta se aplica desde el inicio a favor del reo. Asevera que esta causa se inicia con un CD del cual se debía realizar el informe pericial de las huellas que en este constaban y considera que según el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, en el proceso que no se ha establecido la materialidad ni la responsabilidad de la infracción; y, acota que no se ha respetado la cadena de custodia del CD. Que contenía las huellas de 76 personas, cuyos cadáveres se encontraron en una fosa común en la ciudad mexicana de Tamaulipas. Infere que en el CD hay 2 partes fundamentales que deben revisarse, la cadena de custodia y el peritaje, en razón de que el señor Galo Galarza envía el CD desde México a Guillermo Narváez y a su vez éste último le hace la entrega al Fiscal General del Estado de ese entonces Dr. Washington Pesántez y para esta entrega no se aplicó el procedimiento de la cadena de custodia, da lectura del numeral 1 del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal y sostiene que de los documentos aportados como prueba de la defensa consta que el Dr. Washington Pesántez y Pablo Encalada entregaron a los peritos Hernández y Chimbo los elementos recibidos. Menciona que el perito Chimbo no fue debidamente acreditado por el Consejo de la Judicatura, además de que el perito Hernández no defendió su informe puesto que no concurrió a la audiencia. Menciona que Chimbo, quien si concurrió a la audiencia, tuvo una serie de contradicciones al afirmar que el trabajo de muestra xerografiada de NN, se la practicó en copia, por ello tal examen no puede ser confiable, ya que no encontró puntos característicos, sin embargo habló de bifurcaciones. Sostiene que la defensa presenta el testimonio del Dr. Peña Aguirre, profesional experto en este tipo de peritajes, quien manifestó que éste tipo de exámenes no se pueden realizar en copias, sino que deben ser realizados en originales. Manifiesta que dentro del proceso se ha probado que los peritos no fueron idóneos, por tanto el informe entregado no constituye prueba contundente, en razón de que el método utilizado por el perito es inapropiado, ya que se debía utilizar el AFIX, por tanto no se ha demostrado de manera fehaciente que las huellas analizadas sean de NN, y acota que era obligación del perito acudir al Registro Civil y solicitar la tarjeta índice para en ella hacer el peritaje, sin embargo no lo hizo, solo lo practicó en fotocopia; acota que no existe delegación alguna para que se practique el reconocimiento del lugar de los hechos que conste en el proceso; en otro punto Fiscalía nombró testigos que brillaron por su ausencia, y solo acudió Mercedes Chimborazo, quien asegura que le ha entregado dinero a su defendido pidiendo prestado a otras personas, pero Fiscalía nunca presentó a las personas que prestaron el dinero en

mención. Infiere que Fiscalía no ha realizado una investigación objetiva, ya que si hubiese sido de esa manera, el señor Freddy Zhumi estaría detenido y condenado ya que era el enganchador. Afirma que no se comprobó en aquel entonces el agravante del artículo 440.2 del Código Penal y menciona que no es reincidente haciendo referencia al artículo 80 del Código Penal, y expresa si el delito está sancionado también con multa de 20 a 40 remuneraciones pero el Tribunal lo omite, además se debía considerar que el tiempo que estaba detenido era imputable a la pena; por lo expuesto solicita que por seguridad jurídica se determine la inocencia de su patrocinado. El Dr. Roberto Cayambe, Fiscal de Chimborazo, en su intervención indica que el Tribunal basó su sentencia en una noticia conocida a nivel mundial, al encontrarse 72 cadáveres en una fosa común en la ciudad de Tamaulipas, dos personas sobreviven y una de ellas es ecuatoriana, por ello se presumía que podían estar más ecuatorianos implicados y se empieza a investigar, por lo cual se pudo determinar que uno de los fallecidos es NN, oriundo del cantón Chunchi; este muchacho fue ilusionado para llegar a EE.UU, a su madre también se le ilusionó, comprobándose la existencia del delito de tráfico ilegal de migrantes, considerado grave. Menciona que la defensa afirma que hay duda, por lo existe en este caso es certeza (**sic**); respecto de la cadena de custodia mediante la cual vino el CD de México, no opera porque el envío del CD estaba sujeto a otros procedimientos que constan en Tratados Internacionales suscritos por México y Ecuador, por tanto eso está sujeto a otras formalidades, son Tratados de Asistencia Mutua en Materia Penal; infiere que los peritos que practicaron la pericia técnica de identidad humana, solo uno compareció, porque el perito Hernández había sido dado de baja de la Policía, por ello no se le pudo localizar; menciona que la defensa presentó el testimonio de Juan Peña, y se habló de su amplia trayectoria y experiencia, pero al ser interrogado manifestó que no participó en la investigación en lo más mínimo, y por ser testigo de última hora fue impugnado oportunamente; respecto del AFIS no sabía cuáles eran los laboratorios ni las falencias de los mismos, peor aún su ubicación por ello se deja en tela de duda sus dichos, pero lo que sí corroboró es que el reconocimiento de huellas es infalible, por tanto seguro. Asevera que se determinó que las huellas dactiloscópicas, pertenecen a NN, y respecto del error en el nombre de Ana Lucía Bohórquez, por el movimiento migratorio, se debe a un error humano, ya que el certificado migratorio es de NN, por tanto no es trascendental. Sostiene que la pericia fue delegada por el Fiscal dentro de sus facultades. Respecto de la declaración de Margarita Chimborazo, lo entregó al procesado la suma de \$2.000, así como relató todo lo ocurrido con lujo de detalles, como le convenció el procesado para que envíe a su hijo a EE.UU. Asevera que la madre se entera del fallecimiento de su hijo por boca del coyotero y le dice que le va a devolver el cuerpo para que le dé cristiana sepultura, situación que no cumplió, para luego llamarle y decirle que le va a dar 20.000 dólares. El tema de Freddy Marcelo Zhumi Simbaña, está

fuera de contexto toda vez que es un reo condenado por el mismo delito que no tiene nada que ver con el caso y el objetivo del procesado es aprovecharse para hacerlo aparecer como culpable, cuando fue sentenciado por el mismo delito a 6 años, y menciona que quizá son compañeros de trabajo. Expresa que a decir de la doctrina es un delito de consumación anticipada, basta con probar la salida del país del migrante, quien salió ilegalmente y lo probó Fiscalía así como demostró también que murió asesinado, por lo que solicita se confirme la sentencia recurrida al existir una muerte plenamente establecida. Concluidas las intervenciones la Sala pasó a deliberar y dictó la resolución correspondiente. **CUARTO:** En la audiencia de juicio evacuada en el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, la Fiscalía expone la teoría del caso que consiste en que el 26 de agosto del 2010, se tiene noticia mundial a través de los medios de comunicación sobre el asesinato de 72 personas en Tamaulipas, México; y, posteriormente por medio de Cancillería y la Secretaría General del Migrante del Ecuador se comprobó que entre estas personas se encontraba el menor NN, oriundo de Chunchi, quien viajó según lo pactado el 16 de julio del 2010 a Honduras y en agosto es encontrado su cadáver en México, siendo el coyotero José Vásquez Marín quien le llevó a NN. La teoría del caso expuesta por el hoy sentenciado consiste en que en el mes de julio del 2010, Freddy Marcelo Zhumi llega hasta Chunchi y contacta con Margarita Chimborazo madre del menor y es Zhumi quien les conduce hasta Cuenca; la ofendida no conoce a Vásquez sino a Zhumi quien realiza los papeles para el viaje. **QUINTO:** Corresponde en este momento procesal el análisis de los fundamentos expuestos por el recurrente en la audiencia de apelación, así: 1. José Vásquez Marín a través de su defensor sostiene que: se debe revocar la sentencia condenatoria que impone una pena de 16 años de reclusión mayor extraordinaria ya que el Tribunal inferior no consideró las atenuantes ni las pruebas de descargo presentadas. Al respecto, la Sala estima que el argumento propuesto es ambiguo y ajeno a la lógica jurídica, en razón de que la admisión de atenuantes opera para la modificación de la pena cuando en el juicio previamente se ha establecido la existencia del delito y la responsabilidad de procesado, lo que da a entender al Tribunal de la Sala que el propio recurrente está admitiendo la existencia del delito y su responsabilidad cuando alega al inicio de la fundamentación que el Tribunal inferior no considera atenuantes, lo que en sí y para sí constituye una tautología jurídica que no lleva a un debate técnico sobre la materia a discutirse. El pretender que se consideren atenuantes como fundamento para revocar una sentencia carece de *sindéresis*, no solo por la forma como se la alega sino por el contenido que conlleva ya que vulnera el principio de legalidad y debido proceso, tanto más que a continuación de la alegación propuesta se presenta un segundo argumento como materia susceptible de revocatoria en la que se sostiene que deben considerarse las pruebas de descargo presentadas, argumentos de primera y segunda proposición que chocan entre si y que serían suficientes para rechazar

el recurso de apelación. Sin embargo de ello, la Sala con el fin de precautar el principio de la correcta administración de justicia pasa al estudio de las otras impugnaciones presentadas en la audiencia respectiva; 2. El recurrente como segundo argumento sostiene que existe duda y según el art. 4 del Código Penal y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, ésta se aplica desde el inicio a favor del reo. Las normas contenidas en la Constitución de la República por el principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional, el art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, obliga a los jueces al cumplimiento de las normas constitucionales así como las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aun cuando las partes no las invoquen expresamente. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de derechos y garantías establecidas en la Constitución. El art. 4 del Código Penal que trata sobre la interpretación restrictiva de la ley penal, indica que la duda se interpretará en el sentido más favorable al reo. El art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador trata sobre el derecho al debido proceso y a sus garantías básicas. En la especie, el recurrente presenta a la Sala el universo del enjuiciamiento como un caso que determina duda. La duda razonable en materia penal es el punto medio entre la certeza positiva y la certeza negativa. El recurrente menciona que no se aplica el art. 4 del Código Penal, al respecto la técnica jurídica enseña que la disposición contenida en el art. 4 *ibidem* debe ser utilizada para la aplicación de las normas legales más favorables al reo, pero no para la valoración de las pruebas como se pretende dentro del presente enjuiciamiento. Respecto a lo anterior el Dr. José García Falconí manifiesta: “Hay que recalcar que el art. 4 del Código Penal al tratar sobre la duda, se refiere a las reglas de la aplicación preferencial de la ley permisiva o favorable, sobre la ley restrictiva o desfavorable aun cuando sea posterior. La duda existe siempre que sea producto de una disparidad interpretativa resultante de la interpretación del mismo fallo, así se considera posible al aplicar las reglas generales de herramientas jurídicas y de las especiales o propias del derecho, así la duda que trata el art. 4 del Código Penal, se aplica cuando hay conflicto de normas, pero no se aplica en la valoración de las pruebas, conforme equivocadamente señalan varias sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales del país. También hay que destacar, que la duda sobre la responsabilidad del acusado, trata el art. 304-A del Código de Procedimiento Penal reformado, que se refiere a la valoración de la prueba y la interpretación de la propia ley procesal que el mismo Código regula, pero no sirve a la aplicación de la ley sustantiva, tarea en la que el juez no puede estar a la más favorable, sino a la justa adecuación entre el hecho y una figura delictiva. En resumen, el principio del *in dubio pro reo*, asegura que el estado de duda implica siempre una decisión de no punibilidad pues sólo la certeza de culpabilidad, emanada de las autoridades legítimas para pronunciarlas, puede modi-

ficar la situación de inocencia reconocida constitucionalmente en el art. 76 numeral 2, que manifiesta “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Consecuencia de lo anterior, la Sala estima que la garantía constitucional establecida en el art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, ha sido respetada dentro de todas las etapas de éste proceso penal y en cuanto a las contenidas en los artículos 4 del Código Penal y 304 A del Código de Procedimiento Penal, considera que al invocarlas como materia de impugnación no se adecuan al fundamento mismo del recurso. 3. El recurrente sostiene que el proceso se inicia con un CD del cual se debía realizar el informe pericial de huellas y considera que conforme el art. 85 del Código de Procedimiento Penal no se ha establecido la materialidad y responsabilidad de Vásquez, así como tampoco se ha respetado la cadena de custodia sin respetar la disposición del art. 29 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que Galo Galarza envió el CD a Guillermo Narváez y a su vez éste le entregó al Fiscal del Estado Dr. Washington Pesántez, quien a su vez también entregó a los peritos Hernández y Chimbo para que efectúen el estudio y que el perito Chimbo no se encuentra acreditado ante el Consejo de la Judicatura y Hernández no rindió su testimonio. En lo atinente a esta larga exposición la Sala es del siguiente criterio: El Estado Ecuatoriano es signatario de la Carta de las Naciones Unidas, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de la Declaración de Montevideo sobre los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros, siendo que la Décimo Quinta Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en los artículos 19 al 22 y del 27 al 30 establecen la colaboración entre los estados para la Investigación de los Delitos de Tráfico Ilegal de Migrantes, siendo mucho más amplio el contenido del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de manera que dentro de la Organización Mundial los Estados Partes buscan una colaboración y cooperación más amplia con el fin de que conductas que afectan a la seguridad de los estados sean tratados de forma inmediata y con la celeridad que amerita la pronta solución de hechos que conmocionaron a la faz mundial. El impugnante trata de soslayar al modo de cómo llegó a conocimiento de la autoridad ecuatoriana la noticia sobre la matanza de Tamaulipas-México, en la que fue asesinado el ecuatoriano menor de edad NN, aduciendo que el proceso se inició con la recepción de un CD, remitido por el Embajador Galo Galarza, quién a su vez remitió al señor Fiscal de ese entonces Dr. Washington Pesántez, autoridad que en ejercicio legítimo de sus facultades

designó un perito para que practiquen las diligencias respectivas y que se vulneró el art. 85 del Código de Procedimiento Penal. El artículo invocado trata sobre la finalidad de la prueba con el fin de establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, norma que se encuentra vinculada con el art. 79 *ibídem* que dispone que las pruebas deben ser producidas en el juicio ante los tribunales de garantías penales. De la revisión de la audiencia preparatoria de juicio y de fundamentación del dictamen fiscal que obra a fs. 1 del proceso se desprende que al momento de alegar respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, el Abg. Marcelo López a nombre de su defendido Vásquez Marín alega única y exclusivamente que la firma que consta en el parte de detención no es suya, por lo que existe vicio de procedimiento, alegación que fue rechazada por el señor Juez Multicompetente de Chunchi, en resolución de 20 de noviembre del 2012, las 14h39. Tampoco en la audiencia de juicio Vásquez Marín, al momento de los alegatos de clausura, mencionó absolutamente nada sobre el CD, cadena de custodia o deficiente intervención de las autoridades ecuatorianas en el proceso de instrucción fiscal o en la etapa de juicio, razón por la cual los argumentos expuestos en esta audiencia de apelación no fueron materia discutible dentro de la etapa de juicio, hecho que vulnera los principios dispositivo, contradictorio y de correcta administración de justicia. Además, es de advertir que la República del Ecuador suscribió el Acuerdo de Cooperación en Materia de Asistencia Jurídica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Ecuador, en cuyos artículos 1, numeral 2; 4 numerales 1 y 2; 8, numeral 1; y 20 numeral 2, incisos a, b, c y d, fundamentan la asistencia, razón por la cual las diligencias practicadas en la República de México y que fueron remitidas en Cd, así como las restantes gozan de validez y total eficacia jurídica, por lo que se desecha los argumentos presentados por el recurrente, a más de que dentro de la instrucción fiscal se ha cumplido con el precepto determinado en el numeral 1 del art. 209 del Código de Procedimiento Penal, respecto a las actuaciones de la policía judicial y que como se dijo antes en ningún momento procesal hasta el desarrollo de la audiencia de apelación fue materia de impugnación. 4. El recurrente sostiene como argumento para que prospere el recurso de apelación presentado que el perito Chimbo no se encuentra acreditado por el Consejo de la Judicatura y el perito Hernández no concurrió a la audiencia de juzgamiento a rendir su testimonio. En relación a lo expuesto, de la revisión del testimonio del perito Gustavo Chimbo Chimbo, se conoce que es miembro de la Policía Nacional por 19 años y que trabaja en identidad humana en el departamento de criminalística por 8 años, tiene título de Tecnólogo en Criminalística. El recurrente no ha demostrado en la audiencia de juicio, ni ante esta Sala que el perito Gustavo Chimbo, no se encuentre acreditado ante el Consejo de la Judicatura y en lo referente a que Hernández

no ha rendido el testimonio en el juicio, no constituye un óbice para que el Tribunal en su momento oportuno haya arribado a una resolución en mérito a las pruebas actuadas en el juicio. De manera que la impugnación efectuada en este sentido no desestabiliza el andamiaje jurídico en el que reposa la motivación de la sentencia. 5. El recurrente dice que el perito Dr. Peña Aguirre, al rendir su testimonio declaró que los exámenes no pueden realizarse en copias, sino que deben efectuarse en originales y que el Tribunal en el considerando 14 hace una síntesis parcial de lo expuesto por el Dr. Peña, quien aclara que el trabajar sobre muestras digitalizadas el informe deja de ser científico, ya que se pueden cometer errores por cuanto no se observan los deltas y cruces de los dedos y que el método utilizado por el perito es inapropiado ya que se debió utilizar el sistema AFIS. Para resolver esta impugnación es necesario analizar en primer lugar el testimonio del perito Chimbo, quien dice: que identificó al cadáver concluyendo que se trataba del menor NN y que no hay posibilidad de equivocación pues el análisis de las huellas dactilares es por puntos que son característicos a cada persona, a las preguntas realizadas por el defensor del sentenciado dice: P. un examen debe realizarse con muestras auténticas. R. Yo como perito experto en identidad humana la cual lo domino, no es el primer informe que elaboro, he intervenido en casos de importancia a nivel nacional e internacional. P. por qué realizó un examen en base a huellas que no son originales. R. una huella dactilar es original cuando se tiene en el pulpejo y para poder comprobar ya se toma en un soporte, eso ya no sería original, pero si para proceder al cotejamiento como el documento que fue enviado más los documentos obtenidos en el registro civil. P. Se puede llegar a conclusiones exactas con una imagen que presenta alteraciones. R. El CD que fue enviado fue pasado de un documento con formato especial, lo cual no permite modificación, no se puede alterar, no se puede cambiar. P. Porqué se trabajó con muestras xerografiadas. R. No se elaboró con copias sino con tomas fotográficas ya que acudí personalmente para tener un documento base. P. Un informe puede tener errores. R. no puede tener errores. Juan Antonio Peña Aguirre en su testimonial dice: ser abogado y que ha realizado varios postgrados y algunos estudios en el área de criminalística; al preguntarle sobre la experiencia como perito, responde que ha colaborado como perito en un laboratorio que dirigía su padre y que en el presente caso no ha intervenido. A las preguntas de la defensa responde P. el sistema Afix funciona en el Ecuador. R. Para mi criterio no, puede estar utilizando ciertas instituciones, pero no se está utilizando en toda su capacidad. P. El sistema Afix, la lupa de alta resolución y la línea métrica son técnicas buenas, bastante buenas o efectivas. R. el sistema Afix no es una técnica es un sistema, la lupa no es técnica es instrumento. De los testimonios anteriores mencionados la Sala infiere sin dificultad alguna, que efectivamente no existe una discrepancia significativa entre lo declarado por Chimbo y por Peña en el aspecto técnico científico, ya que Peña da a conocer que Afix es todo un sistema y no una técnica, razón

por la cual la alegación del recurrente es impropia, al sostener que la técnica dactilar debió practicarse con el sistema Afix que según el propio Peña aún no funciona en el Ecuador; al contrario Chimbo en su testimonio declara que identificó el cadáver del menor NN por medio de huellas dactilares y que no es posible el error, a más de que no realizó el trabajo sobre xerocopias sino en base de fotografías de huellas tomadas en el registro civil y comparadas con las constantes en el CD que fue remitido desde los Estados Unidos de México, diligencias que por los convenios y tratados antes invocados gozan de eficacia y legalidad. Por lo expuesto, carece de todo fundamento la impugnación realizada por el recurrente con el fin de que prospere el recurso de apelación. 6. El recurrente alega que la diligencia del reconocimiento del lugar fue practicada fuera de la hora y que la Fiscalía no ha demostrado que delegó esta diligencia a la policía judicial. Al respecto, la Sala en consideración al contenido del art. 119 del Código de Procedimiento Penal que dispone que la prueba testimonial se recibirá en la etapa de juicio y los partes informativos, informes periciales, versiones de testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba, estima que la alegación carece de fundamento legal, ya que el perito del reconocimiento del lugar compareció a la audiencia de juicio desarrollada en el tribunal y declaró conforme al interrogatorio presentado, actuación que es válida, ya que permite que el tribunal sepa que existe el lugar y que en éste nació el delito de tráfico ilícito de migrante, de manera que esta impugnación improcede y a criterio de la Sala en nada enerva el tránsito casuístico efectuado por el tribunal a quo para llegar a la sentencia de condena, a lo que se adiciona que el perito Diego Cando Carrillo, en el juicio declaró que realizó la diligencia de reconocimiento del lugar por delegación de la Fiscal, hecho que no ha sido desvanecido por el sentenciado por ninguno de los medios que le franquea la ley. 7. En lo referente a la multa el inciso quinto de la norma supra mencionada, agrava la pena, pero no establece multa, razón por la cual el Tribunal de origen no ha impuesto la sanción alegada por el propio recurrente que a la postre resulta curiosa. **SEXTO:** El art. 440.2.1 del Código Penal que trata sobre el tráfico ilegal de migrantes establece que: “el que por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave, será reprimido con la pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de veinte a cuarenta remuneraciones básicas unificadas” y el inciso quinto de dicho artículo dice: cuando los actos de ejecución del delito de tráfico de emigrantes produjeren la muerte del emigrante, los culpables serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años. Este tipo de delitos comprometen la seguridad del Estado, cuya característica especial es el cruce irregular e ilegal de fronte-

ras, uso de documentos falsos y consentimiento (real o mediante engaño). La actividad consiste en la utilización de medios como el engaño y oferta de dinero y un propósito cual es ir a trabajar para lograr una situación económica mejor. El elemento fundamental es la oferta de cruce seguro de fronteras. Dentro del presente enjuiciamiento el delito de tráfico ilegal de migrantes se ha demostrado con las siguientes actuaciones prácticas en la audiencia de juzgamiento: con el testimonio de la denunciante señora Margarita Mercedes Chimborazo Guamán, quién con lujo de detalles al rendir su testimonio indica como José Vásquez se acercó a la Comunidad de Tauri en donde vive, haciéndose llamar por otro nombre, para promover el viaje de su hijo hacia los Estados Unidos de América, por una suma de dinero, facilitándole los medios respectivos, induciéndole para que tramite los papeles en Cuenca, financiándole el viaje ya que debía pagar once mil dólares cuando llegue a los Ángeles, en fin, colaborando en toda la actividad hasta cuando llegó a Guatemala y allí en forma artera solicitó el dinero, para posteriormente cuando falleció NN, ofrecer la traída del cadáver y el pago de una suma de dinero; a lo que se suma que la madre de NN reconoció a José Vásquez Marín en la audiencia como la persona que sirvió de coyote y llevó a su hijo de manera ilegal a los Estados Unidos de América con las consecuencias fatales que son materia del juicio. A esta declaración se agregan los testimonios de los peritos Gustavo Chimbo Chimbo, quién concluye que la huella necrodáctila contenida en el CD, remitido desde los Estados Unidos de México y comparada con la tarjeta de filiación existente en el Registro Civil, Identificación y Cedulación de Chimborazo, han sido estampadas por el mismo pulpejo y persona correspondiendo a NN; y, de Diego Danilo Cando Carrillo que efectuó la diligencia de reconocimiento del lugar. A esta prueba testimonial se abona la prueba documental que fue judicializada en la audiencia consistente en: movimiento migratorio de NN del que se conoce que salió del país el 16 de julio del 2010 destino a Honduras; tarjeta de filiación del que se desprende que el occiso nació en Chunchi el 15 de abril del 2003; documentos remitidos a la Fiscalía del Estado desde México en donde constan las diligencias practicadas en 72 cadáveres encontrados en Tamaulipas, protocolo de autopsia, tarjeta de defunción, informe médico legal, fotografías y expediente de un cuerpo no identificado N-35, que luego fue identificado como NN; informe médico legal practicado por Lcdo. Roberto Juárez, Fiscal del Ministerio Público de Tamaulipas en donde concluye que la muerte del cadáver N-35 NN, se debe trauma craneo encefálico producido por arma de fuego; informe de identificación pericial humana suscrito por los peritos Gustavo Chimbo y Edmundo Hernández; inscripción tardía de defunción de NN. La culpabilidad del encausado se demuestra con las mismas actuaciones procesales. El recurrente con los aportes probatorios presentados en la audiencia no ha podido probar su teoría y los testigos de descargo que han rendido su testimonio no le favorecen por falta de credibilidad. Por todo lo expuesto, la Sala, al encontrar que la

sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, reúne los requisitos de los artículos 250, 252 y 304 A del Código de Procedimiento Penal, cuya motivación no ha podido ser debilitada por medio del recurso de apelación, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, rechaza el recurso de apelación interpuesto por ilegal e improcedente y confirma la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo el 14 de febrero del 2013, las 10h55, en la que declara la culpabilidad de José Vásquez Marín por el delito de tráfico ilegal de migrantes en el que falleció el menor NN, por lo que le condena a DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, por ser autor y responsable del delito tipificado y sancionado por el art. 440.2.1 del Código Penal. No se reconocen atenuantes por la conmoción nacional e internacional que causó el hecho materia de juzgamiento. En cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América se regulan los daños y perjuicios conforme dispone el Art. 309 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal. **Notifíquese.**

f.) Dr. Enrique Donoso B., Juez. Ab. Marcos Díaz M., Juez. Dr. Rodrigo Viteri A. Juez.

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 9 de agosto de 2013. Las 09h20.

VISTOS: El recurrente JOSÉ ARCESIO VÁSQUEZ MARÍN, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Chimborazo, considerándolo autor del delito de tráfico ilegal de migrantes, tipificado y sancionado por el artículo 440.2.1 del Código Penal, imponiéndole la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA. Aceptado a trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron a nombre del impugnante, el doctor Edison Leonardo Fierro Dobronsky y el abogado Paúl Michel Franco Landázuri quienes fundamentaron el recurso, además el doctor José García Falconí delegado del señor Fiscal General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo este Tribunal de Casación considera: **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas,

conforme dispone los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio del 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 de la misma ley; por cuanto la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley; y, en virtud de lo dispuesto en los artículos 172 y 184.1 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial la Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional; luego del sorteo de ley, le correspondió a este Tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, integrado por los Doctores Wilson Merino Sánchez, Paúl Íñiguez Ríos, Jueces Nacionales y el doctor Jorge Blum Carcelén en calidad de Juez Ponente, previo sorteo de ley, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación planteado. **2. VALIDEZ PROCESAL.** Examinado el trámite seguido para la tramitación del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, ya que fue presentado dentro del plazo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que este Tribunal declara la validez de lo actuado. **3. ANTECEDENTES.** Mediante denuncia presentada por Margarita Chimborazo Guamán, se conoce que era la madre de NN, quien resultó muerto en la masacre de Tamaulipas en México; indicando que desde el mes de abril de 2010, su hijo estaba con la intención de viajar a los Estados Unidos de Norteamérica, ya que su padre vivía allá, desde hace seis años, manifestándole su progenitor que no vaya, porque era menor de edad, pero al ver que su amigo Marcelo Quishpe llegó a los Estados Unidos de Norteamérica, se animó a irse a dicho país. Que por el sector de Tauri, andaba una persona queriendo llevar a los Estados Unidos de Norteamérica que se hacía llamar Carlos, pero le dijeron a la denunciante que se llamaba José Vásquez, quien la convenció para que mande a su hijo; que el 15 de julio del 2010, se encontraron en la ciudad de Cuenca con José Vásquez para sacarle el pasaporte a su hijo para que pueda viajar, dejándole con la esposa de éste de nombre Lourdes, para que realicen dicho trámite, una vez obtenido José Vásquez les condujo a una oficina, donde le indicó el nombre del hotel donde llegaría su hijo en Guatemala. Que la denunciante, le había dicho a José Vásquez (coyote) que no tenía dinero manifestándole éste, que no había problema, que cuando llegue a los Ángeles le pagarían \$ 11.000,00 dólares y para el camino él les prestaría dicho dinero. Cuando su hijo llegó a Guatemala el coyote le dijo que debía pagarle dos mil dólares, por lo que la denunciante le manifestó que no iba a pagar, por cuanto habían quedado de acuerdo que le pagaría cuando llegue su hijo a los Ángeles, respondiéndole que si no le pagaba no lo iba a sacar de Guatemala; agrega la denunciante que José Vásquez indicó un número de teléfono en Guatemala y se comunicó con su hijo en varias ocasiones, quien le había manifestado que estaba

muy preocupado ya que estaba en Guatemala por tres semanas. Cuando sucedió la masacre en Tamaulipas, Lourdes esposa de José Vásquez llamó telefónicamente al padre de NN, para comunicarle que su hijo había fallecido y que no era culpa de ellos, que le iban a entregar el cuerpo de su hijo, corriendo ellos con los gastos y manifestándole al padre del fallecido, que cuanto más quiere de dinero para darle, para que dicha situación quede allí nomas. Con estos antecedentes se inició la instrucción fiscal y concluida ésta el Juez Multicompetente del cantón Chunchi, Provincia de Chimborazo, en auto de 20 de noviembre del 2012, a las 14h39, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de José Arcesio Vásquez Marín, por encontrarlo presuntamente inmerso en la conducta tipificada por el artículo 440.2.1 del Código Penal. En la etapa de juicio se radicó la competencia en el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el que en sentencia de 14 de febrero de 2013, a las 10h55, declaró la culpabilidad de Vásquez Marín, por el delito de tráfico ilegal de migrantes, condenándolo a la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, de este fallo el sentenciado interpone recurso de apelación, el cual fue rechazado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, mediante sentencia del lunes 1 de abril de 2013, a las 16h42. De esta sentencia, por no estar de acuerdo el recurrente José Vásquez Marín, con fecha 2 de abril de 2013, interpone recurso de casación, el cual por reunir los requisitos de ley es aceptado a trámite ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. **4. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.** El Ab. Paul Michel Franco Landázuri en representación del recurrente José Arcesio Vásquez Marín, fundamenta el recurso de casación, señalando que la sentencia recurrida ha violado la ley, por contravención expresa de su texto, específicamente el Código de Procedimiento Penal vigente, ya que en el considerando sexto, se evidencia cuáles fueron las pruebas con las que se basó la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, para establecer la supuesta materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del señor José Vásquez Marín; la Sala se fundamentó en cuatro pruebas que son: el testimonio de la ofendida señorita Margarita Mercedes Chimborazo Guamán; el peritaje del agente Gustavo Chimbo Chimbo, quien realizó la experticia de las huellas dactilares; el testimonio del agente Diego Danilo Cando Carrillo, quien hizo el reconocimiento del lugar y también un certificado del movimiento migratorio del señor NN, constituyéndose en las únicas cuatro pruebas que fueron consideradas en su debido momento por el Tribunal y posteriormente ratificadas por la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo; del análisis de las cuatro pruebas, existe un peritaje practicado por Gustavo Chimbo Chimbo, que se relaciona a un estudio de huellas dactilares, del cual manifiesta que existe una relación entre un desaparecido en el Ecuador señor NN, cuyas huellas son indubitadas de acuerdo al Registro Civil e Identificación del Ecuador con las huellas dactilares encontradas en la conocida masacre de Tamaulipas

de la ciudad de México, en este sentido se estaría comprobando una supuesta materialidad, pero no una materialidad de un tráfico de migrantes, sino de la muerte, a pesar de que ni siquiera se la estaría comprobando, por la forma en que se practicó esta prueba; y adicionalmente de lo que se ha manifestado que no se trataría de la materialidad relacionada con el tráfico de migrantes, tampoco se ha establecido la responsabilidad penal del señor José Arcesio Vásquez Marín. La segunda prueba que se ha receptado, en la Audiencia de Juicio, es el reconocimiento del lugar, que fue practicado por el perito Danilo Cando Carrillo, quien indicó el sitio, que se trataba de una casa, señalando sus calidades arquitectónicas, cuál era su vista, quienes son sus vecinos, no manifiesta absolutamente nada, en relación a la materialidad del tráfico de migrantes, ni tampoco de la muerte de este supuesto ciudadano señor NN y menos aún la responsabilidad penal del señor Vásquez Marín. La tercera prueba, es un certificado de movimiento migratorio, emitido por la Policía de Migración, donde se demuestra que el señor NN, salió del país; pero ésta salida del país no constituye en sí mismo ningún hecho delictuoso, ni criminal, la salida del país al haber sido libre y bajo el régimen legal no se relaciona con la responsabilidad penal del señor José Vásquez Marín, menos aún con una supuesta muerte y peor con un supuesto tráfico de migrantes. La única supuesta prueba para establecer la materialidad en el tráfico ilegal de migrantes, así cuanto la responsabilidad del señor José Vásquez Marín, sería el testimonio de la señorita Chimborazo Guamán, quien es la única que lo conoce, la que puede evidenciar que supuestamente se ha cometido este ilícito; demostrando según el recurrente, que se ha contravenido expresamente las disposiciones del artículo 87; inciso 2, del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que conforme lo manifestado en el artículo 87 del referido Código, se establece que las presunciones que el Juez obtenga del proceso deben estar basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes, como es de conocimiento general, pero la Corte ha obviado dicha disposición contraviniendo expresamente su texto, ya que según lo manifestado en el segundo inciso del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, la declaración de la ofendida, Margarita Chimborazo, por si sola no constituye prueba, solicitando a los señores jueces revisar el considerando sexto de la sentencia puntualmente la prueba madre y la única prueba con la cual se basa del supuesto cometimiento de tráfico ilegal de personas, porque no han sido aportadas pruebas fundamentales como el caso requiere, como el cruce de llamadas, depósitos realizados por la supuesta ofendida al acusado José Vásquez Marín, lo cual nunca fue revisado por el Tribunal; no existe versión de ningún otro testigo que lo haya conocido al señor Vásquez Marín, lo cual se demuestra que con esta única y exclusiva prueba, se estaría condenando y contraviniendo expresamente el texto del inciso segundo del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, porque no haber contado con prueba material, documental, ni testimonial adicional; por lo que no se encuentran cumplidos los

procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y por ende al haber la sentencia contravenido expresamente su texto, solicita que se case y se dicte una sentencia favorable para el señor José Arcesio Vásquez Marín, por cuanto no existen pruebas de las que puedan establecerse la responsabilidad penal del sentenciado, además no se ha demostrado de ninguna manera la materialidad de la infracción. **5. INTERVENCIÓN FISCAL.** El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, indicó que el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo con asiento en Alausí, con fecha 14 de febrero de 2013, dicta una sentencia debidamente motivada, aplicando la sana crítica, señalando que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el artículo 440.2.1, del Código Penal, que se refiere a la trata de personas, es un delito que causa alarma nacional e internacional y con certeza la responsabilidad del acusado, hoy recurrente José Arcesio Vásquez Marín, como autor de este delito imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, más el pago de daños y perjuicios. De esta sentencia el recurrente Vásquez Marín interpone recurso de apelación y la Sala Penal de la Corte de Justicia de Chimborazo, igualmente mediante una sentencia debidamente motivada, ratifica en todas sus partes la sentencia del Tribunal a quo y desecha el recurso de apelación, estableciendo la cantidad de cincuenta mil dólares por concepto de indemnización de daños y perjuicios, de esta sentencia el señor José Vásquez Marín interpone recurso de casación. Que dentro del sistema penal ecuatoriano existen dos recursos extraordinarios en materia penal; el recurso de revisión para corregir los errores de hecho y el recurso de casación que son recursos extraordinarios y técnicos; señalándose en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que será procedente el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, constituyéndose este recurso de casación, en una revisión exclusiva entre la sentencia y la ley, a fin de analizar y revisar si en la sentencia dictada por Sala de Garantías Penales de Chimborazo se violó la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación, por lo que es obligación del recurrente, señalar que ley se violó, como se violó la ley y como influyó ésta violación de la ley en la sentencia, lo que el recurrente no ha hecho. Que el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, señala que no serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba, porque el recurso de casación es un recurso extraordinario y técnico, no es un recurso de tercera instancia y los únicos que tienen esa facultad de valorar la prueba son los Jueces del Tribunal a quo, por lo contrario, al examinar la prueba se estaría violentando el principio de independencia de la Función Judicial. Que la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, con respecto a las pruebas dice: "... A esta prueba testimonial se abona la prueba documental que fue judicializada en la audiencia, consiste en: movimiento migratorio de NN del que se conoce que salió del

país el 16 de julio del 2010, con destino a Honduras; tarjeta de filiación del que se desprende que el occiso nació en Chunchi el 15 de abril 2013 (**sic**); documento remitido a la Fiscalía desde el Estado de México, en donde constan las diligencias practicadas a 72 cadáveres encontrados en Tamaulipas; protocolo de autopsia; tarjeta de defunción; informe médico legal; fotografías y expediente de un cuerpo no identificado N-35 que luego fue identificado como NN; informe médico legal practicado por Lcdo. Roberto Juárez Fiscal del Ministerio Público de Tamaulipas donde concluye que la muerte del cadáver N-35 NN se debe a trauma craneo encefálico producido por arma de fuego; informe de identificación pericial humana suscrito por los peritos Gustavo Chimbo y Edmundo Hernández; inscripción tardía de defunción...". Que una de las principales características del Estado constitucional de derecho y justicia, es el respeto a la dignidad del ser humano, refiriendo el delegado Fiscal que este delito es uno de los más desagradables, porque justamente cortaría el principio de dignidad del ser humano, por esa razón la Fiscalía General del Estado, encabezada por el Dr. Galo Chiriboga, está alarmada por esta clase de ilícitos y ha solicitado que hagamos énfasis del artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala como uno de los fines de la nueva justicia la paz social y uno de los parámetros fundamentales es no dejar en la impunidad los delitos, especialmente éstos que causan grave alarma social, nacional e internacional. Solicita que se deseche el recurso de casación interpuesto por el señor José Vásquez Marín por no haberse fundamentado y se devuelva el proceso al Tribunal a quo, para que se de cumplimiento a la sentencia y de manera expresa solicita que se case de oficio la sentencia de acuerdo a la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal. **RÉPLICA.** Dr. Edison Leonardo Fierro Dobronsky en representación del señor José Arcesio Vásquez Marín, señala que efectivamente el recurso de casación es un recurso extraordinario en el que se debe revisar exclusivamente el contenido de la sentencia, indicando que doctor José García Falconí, ha manifestado que se ha comprobado la muerte del señor NN, pero no se ha demostrado el tráfico ilegal de personas, preguntándose cómo le comprueban el tráfico ilegal a José Vásquez Marín, indicando que solamente lo hacen con el testimonio de la ofendida, fallando la Fiscalía porque tenía que haber hecho una buena investigación; el movimiento migratorio tampoco es prueba de que el señor José Vásquez llevó al señor NN a Honduras; no hay transferencias de dinero, tampoco llamadas telefónicas, la única prueba que tienen es solo el testimonio de la ofendida que por si sola no constituye prueba; el reconocimiento del lugar no tiene nada que ver, con la identificación del cadáver simplemente se ha comprobado que ha fallecido, pero no es prueba que haya existido tráfico de migrantes, por lo tanto el recurso de casación se basa en que se ha violado la ley por contravenir expresamente a su texto y no es que pide valorar la prueba, simplemente deben revisar la sentencia. Con estos antecedentes y ratificando la intervención del Ab. Paul Michel Franco Landázuri,

solicita que se acepte el recurso de casación y por haberse dictado mal la sentencia se ordene la inmediata libertad del señor José Arcesio Vásquez Marín. **DÚPLICA.** El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, señala que el artículo 440 inciso cuarto del Código Penal dice: “cuando los actos de ejecución del delito de tráfico de emigrantes, produjeran la muerte del emigrante, serán sancionados con una pena de doce a dieciséis años”; siendo justamente el delito del que se trata, con la agravante del inciso cuarto del artículo 440.2.1 del Código Penal, lo que se le denomina vulgarmente el coyoterismo, y concluye solicitando a los Jueces, que no dejen en la impunidad éste delito, que sancionen a los coyoteros, que es una de las infracciones que más alarma social está causando en el país, no solo a nivel nacional, sino también internacionalmente. **6. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.** De acuerdo a lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el Tribunal de origen en la sentencia, constituyendo un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, concordante con lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que el Tribunal de Casación pueda valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna. Es importante señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación, puesto que en esta instancia se examina, si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley. Las causales para que opere la casación se encuentran contenidas en la disposición procesal antes señalada, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley: **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. La primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa; la segunda, falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde; la tercera, interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. El recurso de casación, para la posición de mayor aceptación de la doctrina jurídica contemporánea, implica una impugnación de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, conocido como error in iudicando, que precisamente es el error de derecho en la sentencia lo que merece un examen. En el caso a estudio, el recurrente ha manifestado que solo existe como prueba la declaración de la ofendida Margarita Mercedes Chimborazo, y ésta, según lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, por si sola no constituye prueba, lo que a criterio de este Tribunal, no es verdad ya que han existido otras pruebas que constan en la sentencia en análisis, como la documental que fue judicializada en la audiencia de juicio consistente en: movimiento migratorio de NN del que se conoce que salió del país el 16 de julio del 2010, con destino a Honduras; tarjeta de filiación del que se desprende que el occiso nació en

Chunchi el 15 de abril 2003; documento remitido a la Fiscalía desde México, donde constan las diligencias practicadas en 72 cadáveres encontrados en Tamaulipas; protocolo de autopsia; tarjeta de defunción; informe médico legal; fotografías y expediente de un cuerpo no identificado N-35 que luego fue identificado como NN; informe médico legal practicado por Lcdo. Roberto Juárez Fiscal del Ministerio Público de Tamaulipas donde concluye que la muerte del cadáver N-35 NN se debe a trauma craneo encefálico producido por disparo de arma de fuego; informe de identificación pericial humana suscrito por los peritos Gustavo Chimbo y Edmundo Hernández; y la inscripción tardía de defunción. Por otro lado, el recurrente en su exposición del recurso hace referencia a disposiciones jurídicas que rigen la práctica y valoración de los medios de prueba, sin precisar en qué modalidad de violación a la ley se incurre, únicamente se ataca el acervo probatorio y a la valoración que hace el tribunal juzgador argumentando que para establecer el nexo causal, entre la infracción y sus responsables, es necesario que la existencia de la infracción se encuentre probada conforme a derecho, lo cual según el recurrente no acontece, estableciéndose que de todas estas aseveraciones se deduce que la pretensión del recurrente está dirigida a que este tribunal realice una nueva valoración del acervo probatorio, situación que por mandato expreso de la ley está vedada para este tribunal, quien únicamente debe analizar la sentencia recurrida a fin de detectar las posibles violaciones a la ley cometidas por el juez ad quem, en los términos que establece el artículo 349 del Código Adjetivo Penal. En este sentido, la discusión en razón de las pruebas de cargo y descargo que demuestren la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, respecto de la suficiencia o insuficiencia de las mismas, no es procedente en la vía de casación, porque la situación del hecho está fijada en la sentencia y solo se analiza si el tribunal de instancia ha incurrido en una lesión al derecho material o formal, tanto más que las pruebas actuadas en relación a los hechos fácticos, ya fueron valoradas en su momento por los juzgadores, en uso de su autonomía, exclusividad, e independencia como ente jurisdiccional y en aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba y con base a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, este Tribunal determina que la fundamentación expuesta por el recurrente respecto de la prueba y su valoración, es improcedente, por no ser materia del análisis en casación. En el caso que ha sido puesto a nuestro conocimiento, la prueba que existe y que fue valorada por el juzgador de instancia, dentro del proceso es suficiente, es prueba determinante, para establecer los dos elementos básicos del artículo innumerado, colocado a continuación del 304 del Código de Procedimiento Penal, esto es la existencia de la infracción y la responsabilidad del sentenciado José Arcesio Vásquez Marín, quien se acercó a la Comunidad de Tauri, donde vivía el fallecido, haciéndose llamar por otro nombre, para convencer a la ofendida del viaje de su hijo hacia los Estados Unidos de Norte América, debiendo cubrir una fuerte suma de dinero,

facilitándole los medios respectivos, induciéndole para que tramite el pasaporte en la ciudad de Cuenca, financiándole el viaje ya que debía pagar once mil dólares cuando llegue a los Ángeles, etc., colaborando en toda la actividad hasta cuando llegó a Guatemala y allí en forma astuta solicitó el dinero, para posteriormente cuando falleció NN ofrecer la repatriación del cadáver y el pago de una cantidad de dinero, para solucionar el hecho cometido. Además, se observa que el juzgador no solo que observó en la sentencia los lineamientos de la motivación que han sido citados, sino que al expedir el fallo lo hizo respetando este principio que se encuentra consagrado en el artículo 76.7, letra l) de la Constitución de la República, por lo que no cabe la aseveración formulada por el recurrente en este tema, ya que de la simple lectura de la sentencia examinada se desprende tanto la descripción de cada una de las pruebas, como la normativa que le ha servido para expedir la resolución condenatoria y para ello se ha permitido llegar a la conclusión que consta en la referida sentencia de condena. Es también necesario consignar lo dispuesto por el artículo 252 del Código Adjetivo Penal, que trata sobre la “Existencia del delito y culpabilidad, señalando que la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal”. Este Tribunal luego de haber escuchado la fundamentación del recurso presentado por José Arcesio Vásquez Marín, establece por unanimidad que no se ha demostrado que existe violación de la ley en la sentencia, alegada por el recurrente de conformidad con lo que establecen las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. **RESOLUCIÓN.** Por las consideraciones que anteceden, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, por unanimidad se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por José Vásquez Marín y de conformidad con la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, de oficio se casa la sentencia impugnada por existir indebida aplicación del artículo 78 de la Constitución de la República y se dispone que el sentenciado José Arcesio Vásquez Marín, cumpla con la reparación integral que incluye daños y perjuicios que ya han sido fijados en la suma de cincuenta mil dólares y además el pago del daño material e inmaterial causada a la ofendida. **Notifíquese y devuélvase.**

f.) **Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. Juez Nacional Ponente. Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional.**

XVI

Juicio: nro. 1156-2012
Resolución nro. 1040-2013

Juicio penal por atentado al pudor procesado Leonardo Colón Castro Castro ofendida NN.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia declara improcedente el recurso interpuesto por el recurrente, sentenciado a cuatro años de prisión por el delito de atentado al pudor, por cuanto no se advierte violación legal alguna en el fallo requerido. Cabe resaltar, la errada fundamentación del recurrente, por cuanto es el Código de Procedimiento Penal en su art. 349 la norma procesal base para la interposición del Recurso de Casación.

FALLO DEL TRIBUNAL

Juez Ponente: Dra. Narcisa Santana.

TRIBUNAL TERCERO DE GARANTÍAS PENALES DE MANABÍ, Portoviejo, lunes 20 de agosto del 2012. Las 11h30.

Nro. causa 2012-0037.

VISTOS: En audiencia preparatoria de juicio el señor Fiscal abogado Roger Pachay Ortíz, emite su dictamen acusatorio en contra de LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO, por tener conocimiento mediante denuncia presentada por la señorita Nancy Marisela Medranda Napa, quien indica que desde el mes de marzo del año 2011, el señor Leonardo Colón Castro Castro, viene tocándole sus partes íntimas a su hermana NN, quien vive con su mamá Nancy Teodora Napa Rodríguez, a quien siempre le ha dicho lo que pasa con el marido de ella y su mamá no le cree, porque no quiere tener problemas con la familia, pero resulta que el 12 de agosto del 2011, llegó a visitar a su mamá, en la noche el acusado aprovechó que estaban dormidas, para meterse a su cuarto y empearlas a tocar sus senos y vagina, por lo que lo acusa como autor del delito tipificado y reprimido en el título VIII, artículo 1 innumerado, después del capítulo II del Código Penal, esto es atentado al pudor. Posteriormente el señor Juez Temporal Quinto de Garantías Penales de Manabí, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del mencionado procesado, acogiendo el dictamen fiscal. Ejecutoriado dicho auto y previo el sorteo de ley, se radicó la competencia en este Tercer Tribunal Penal de Manabí, donde se tramitó la etapa del juicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 250 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, señalado día y hora para que tenga lugar la audiencia privada para analizar y juzgar la conducta del acusado, luego de las

etapas de exposiciones, pruebas, debates y deliberaciones y encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo se plantea las siguientes consideraciones. **PRIMERO:** La presente causa se la ha tramitado de acuerdo a las normas constitucionales del debido proceso, inherentes a su naturaleza sin omisión sustancial que pueda influir sobre la decisión de la causa, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** El Tribunal es competente para sustanciar la causa y dictar sentencia de acuerdo al artículo 28 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal por ser el hecho de acción pública. **TERCERO:** En la audiencia privada de juzgamiento, el señor Fiscal, expone su teoría del caso, expresando que el 8 de noviembre del 2011, la señorita Nancy Medranda Napa interpone una denuncia indicando que desde marzo del 2011 Leonardo Colón Castro, viene tocándole las partes íntimas a su hermana NN, que le ha contado a su madre, pero esta no le cree, que con fecha agosto 12 del 2011, ella llegó a visitar a su madre y el señor (**sic**) Leonardo Colon Castro se le metió en la cama cuando dormía y procedió a tocarle los senos y la vagina, por lo que lo acusa de atentado al pudor a la menor, con la finalidad de demostrar la existencia material de la infracción, solicito se practiquen las siguientes pruebas tales como: TESTIMONIO DEL DOCTOR GABRIEL EDWIN DIAZ LOOR, médico perito, quien expresa que realizó el peritaje médico legal a la menor NN el 5 de diciembre del 2011, quién manifestaba que había sido víctima de un abuso sexual de manoseo por un señor Leonardo Colón Castro, quién le tocaba sus partes íntimas no hubo penetración, examinada en sus partes extragenital como cabeza, tórax, abdomen no se evidencia lesiones, en el área paragenital, glúteos, periné, abdomen, no encontró lesiones en el área genital, el desarrollo de genitales externos son de una adolescente de la edad mencionada, no se observa lesiones sexuales, estaba tranquila, callada, colaboradora con la diligencia, recomendando la valoración psicológica, a veces las víctimas llegan muy calladas no colaboran o agresivas, o muy tranquilas hay otras que no permiten su valoración, pero ellos como médicos no ven eso, recomendando una valoración de un psicólogo. TESTIMONIO DEL AGENTE DE LA DINAPEN LUIS JAIME CALAPAQUI CAYO, perito reconecedor del lugar de los hechos, quien examinado por el señor Fiscal expresa que el lugar es un sector marginal ubicado en el cantón, donde habitan pocos vecinos, hay casas de cañas, es un sector donde viven personas de bajos recursos económicos, hay pobreza, es una construcción mixta, techo de zinc, cerramiento de caña guadua. **CUARTO:** Con la finalidad de probar la responsabilidad del procesado, la Fiscalía solicitó se practiquen las siguientes pruebas. TESTIMONIO DE NANCY TEODORA NAPA RAMÍREZ, quien dice que estaba junta con el procesado hace once años, su niña NN ahora tiene trece años, que observó algo, pero por temor que a veces el acusado la amenazaba no dijo nada, puso una denuncia por que el se le atrevió a su otra hija NN, que la niña le venía diciendo que este señor se le venía metiendo a la cama, pero nunca le creía a su hija, porque estaba con él y

él le juraba que no se metía con ella, en el mes de agosto, comenzó a sospechar, hacerse a veces la dormida y verdaderamente él se metió a la cama de la niña puso una denuncia en la Fiscalía y no dio nombre porque él la amenazó con hacerle algo a las hijas y a ella, que la llamaba al teléfono de que le iba hacer cualquier cosa a mis hijas, el número, le deja mensajes “vieja bruta, TU sabes a donde estudia tu hija, así como tú lo haces lo has de pagar vieja culiona” que ella en su primera versión manifestó que no sabía, ni había observado nada, por que el acusado la amenazaba que si decía la verdad, la iba a matar a ella y a sus hijas. Testimonio de la menor OFENDIDA NN. Por ser menor de edad se nombra a su madre Nancy Napa Ramírez como curadora, quien dice que tiene 13 años de edad, estudiante, que conoce al señor Colón Castro desde que las trajo desde Jipijapa, que él empezó a tocarle sus partes íntimas por encima de la blusa, del short, intentó besarla, que eso fue en su casa y de noche, a veces su mamá llegaba cansada de lavar y se acostaba a dormir y él aprovechaba para tocarla que él la amenaza (**sic**) le dijo que iba a matar a su mamá si decía algo. TESTIMONIO DE MEDRANDA NAPA NANCY MARISELA, quien expresa que realizó una denuncia el 11 de noviembre del 2011, porque desde agosto del 2011, vino a visitar a su hermana que dio a luz y su mama se fue al hospital a cuidarla, ella se quedó en la casa con su hermana, en la noche él estaba tomando, y de madrugada se despertó, él estaba sobre el toldo y ella llamó a su hermanita y él salió corriendo, después le dijo a su mamá, pero ella no les creía, que a ella también la tocó el señor Colón Castro Castro, eso fue en agosto y está aquí en esta audiencia la persona que hacía esos actos, es Colón Castro que no puso la respectiva denuncia al momento cuando la tocó el señor Colón, porque no tenía el apoyo de su mamá, que esto fue el 12 de agosto, que no dijo que la amenazó el 12 de agosto, dijo que él estaba manoseando a su hermana y él le dijo que era capaz de matarla y que tenía un hermano que es policía y que ella no era nadie. (**sic**). **SEXTO:** Por su parte la defensa del procesado presenta como medio de prueba los antecedentes penales de los juzgados y tribunales, así como el TESTIMONIO DEL ACUSADO LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO, quién expone que el delito que le están imputando la señorita Nancy Medranda Napa, es mentira que nunca ha tocado a su hija a pesar de todo esto la sigue queriendo y respetando, que cuando ella se vino a vivir con él, llegó sola, después recibió la visita de las hijas de la señora Nancy, ella nunca han vivido con él (**sic**) simplemente llegaban borrachas a hacer lo que ellas querían, pero como él no les permitía le decían “te voy a dar a donde más te duele desgraciado” que nunca ha tocado a la niña, que él estuvo con la señora Nancy Napa Ramírez, en el hospital en esa fecha porque la niña nació el 9 de agosto, que su número de celular, que en la Fiscalía rindió una versión el 18 de noviembre y dio el número, que ese era su número y se perdió en Ibarra. TESTIMONIO DE MARCO ALFREDO AYAON CEDENO, quien dice que conoce al señor Castro desde hace unos seis años, es una persona, trabajadora, honrada, y

conoce a la señora Teodora Napa Ramírez porque era compañera del terminal y ella le freía los maduros, allí había una niña, que él la crió como hija, que no conoce a la señorita Nancy Marisela Medranda Napa, recién en este momento la está conociendo, que si conoce a NN, es una niña que él crió, él siempre la cargaba en los brazos, que no sabe sobre el delito sexual del que se le acusa al señor Leonardo Castro Castro y le sorprende, porque es una persona trabajadora, responsable y no cree que sea justo que el este aquí, TESTIMONIO DE MARÍA GEOCONDA SÁNCHEZ LEÓN, quien manifiesta que no tiene ningún parentesco con el señor Castro, que lo conoce como un señor honrado, trabajador que la señorita Marisela Medranda Napa llegó hace poco a dañarle la vida al chico, que conoce a la señorita NN por que la llevaron cuando tenía tres años, que no conoce sobre el delito sexual que se le acusa al señor Castro, porque le cayó de sorpresa que el chico haya estado en este problema, que escuchó de parte de Nancy Marisela Medranda Napa, que iba a perjudicar al señor Colón Castro Castro, porque siempre peleaba un kiosko. TESTIMONIO DE REYES ANZULES ANGELA MARÍA, quien expone que conoce al señor Colón Castro Castro, porque vive a dos cuadras de su casa, ese barrio es poblado, que conoce al señor Castro, hace unos seis o siete años, que la relación de la niña NN y el señor Castro los veía subir juntos como una familia, que sobre el caso que se le imputa al señor Castro fue un boom, por la zona, porque todo el mundo preguntaba y no cree por que el siempre llevaba a esa niña y él le prodigaba cariño filial y no cree que él sea capaz de hacerle daño a esa niña, que no ha vivido en la casa de él señor Castro. **SÉPTIMO:** En la etapa de debate, el señor representante del Ministerio Público Ab. Roger Pachay dice, que en esta etapa la Fiscalía expuso en la teoría del caso, el hecho de la denuncia realizada el 8 de noviembre del 2011, consecuentemente los hechos se han venido aconteciendo desde el mes de marzo del 2011, del cual el señor acusado manoseó no solo a NN, sino también a NN, una menor de doce años y una mayor de veinte años, y que esto vino sucediendo desde el mes de agosto del 2010, unos meses antes de que ella se decidiera a realizar la denuncia, este hecho que conllevó a que la niña NN auxiliara a NN, en vista del abuso que estaba siendo objeto por parte del padrastro, una persona allegada a él, persona de confianza, persona que lo ha conocido anteriormente. Que la materialidad de la infracción, está dada con el testimonio del doctor Díaz quien ha dicho que en los delitos sexuales hay que proceder a realizar los exámenes la experticia del reconocimiento ginecológico de la menor nos indica que efectivamente la reconocida no presenta lesiones físicas traumáticas de reciente data en su área extragenital y paragenital, que no presenta lesiones. En este tipo de delito que es atentado al pudor no puede haber lesiones, porque si hubiera lesiones hubiera cambiado la tipificación del delito, por otro lado el reconocimiento del lugar de los hechos, el señor policía Luis Jaime Calapaqui Cayo, indica que el domicilio del señor Leonardo Castro Castro, donde se cometió el hecho y así los han dicho en esta audiencia los

testigos, la señorita NN, la señorita NN y la señora Nancy Napa, madre de las menores, madre de la denunciante ha indicado que es en el domicilio donde sucedían estos hechos, y que ella no denunciaba por cuanto se sentía amenazada de muerte y es así que este hecho es en la calle, tal como consta en el álbum fotográfico agregado al informe pericial realizado, en donde se pudo detallar que es una casa humilde, una casa con cerco de caña que esa es una zona no poblada, no es una urbanización como pretende la parte de la defensa decir. Con la partida de nacimiento que pertenece la niña NN, nacida el 25 de noviembre de 1998, la cual ha dicho que el señor aquí presente le ha tocado las partes íntimas. Por otro lado para establecerse dentro de la responsabilidad penal tiene la propia versión de la denunciante que ha detallado en forma pormenorizada como eran los acontecimientos que ella tuvo que llegar de visita para poder ayudar a su hermana que estaba siendo objeto de abuso sexual y no es como lo pretende la parte de la defensa decir que ella convivía allí, ella nunca ha convivido allí, ella llegaba de visita a ese hogar y donde se percató, porque ya le decía su propia hermana menor NN, de lo que estaba siendo objeto por parte de Leonardo Colón Castro Castro, es más el propio acusado ha dicho que le daba cariño, le daba afecto, le daba besos, cuando la propia ofendida ha dicho que le daba besos en la boca, en los cachetes, le tocaba el cuerpo, le tocaba sus partes íntimas, la señora Nancy Napa Ramírez, madre de la ofendida, expresó que no quiso denunciarlo por cuanto se sentía amenazada por su conviviente, que la había amenazado con hacerlo algo a sus hijos (**sic**) y así es ratificado y probado en esta audiencia que NN, hermana de la ofendida, el día que procede hacer la denuncia el 8 de noviembre, es porque se había llevado a la niña, y el señor aquí presente llevó un machete a la casa de la hermana con ínfulas de intentar victimar a Nancy Marisela Medranda Napa y llevarse a la niña, por lo que llamó a la Policía y el salió corriendo. Que se ha probado la responsabilidad del señor aquí presente y el nexa causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad con todos estos elementos. La parte defensora ha presentado testigos que desdican de la responsabilidad, pero ninguno de ellos ha convivido dentro del domicilio. Carlos Groccio decía: *“una cosa es el ámbito familiar del delincuente, y, otra cosa es el ámbito social del delincuente”*, una cosa es el punto de vista de afuera y otro es el interno en donde se convive con el victimario y la víctima, en este caso fue la señorita NN, quien ha dicho plenamente que el señor aquí presente Leonardo Colón Castro Castro, era la persona que la manoseaba, el mismo lo dijo en el testimonio en esta audiencia que él tiene una hamaca en su domicilio, donde claramente pudimos escuchar aquí, que mientras las chica se bañaban el señor la estaba espionando en la hamaca, (**sic**) ahí vemos la actitud, la conducta del procesado como ha reaccionado de esta manera en esta audiencia. Consecuentemente lo que se ha podido probar aquí, es que está plenamente identificado el autor del delito. Y se ha demostrado los elementos objetivos y subjetivos del delito, pues se ha probado con la prueba documental

que la víctima, el sujeto pasivo es una menor de edad, que a la fecha de la presentación de la denuncia tenía doce años y que dicho acto fue cometido por el padrastro de la menor, ha podido probar tanto la materialidad y la responsabilidad del delito tipificado en el título octavo, capítulo primero innumerado después del capítulo segundo del Código Penal, que es atentado contra el pudor, con las agravantes establecidas en el artículo 30 innumerado tercero del Código Penal, por lo tanto solicita que se dicte la correspondiente sentencia condenatoria, con las agravantes del caso. El abogado Jonny Toala expresa en cuanto a los hechos del reconocimiento del lugar no existe evidencia alguna, es más el policía manifestó de que en ningún momento entró a la casa para verificar la situación donde realmente sucedieron los hechos, cosa que nunca pasó, solamente se limitó de acuerdo al álbum fotográfico que existe dentro del proceso de la instrucción fiscal, fotografías tomadas de afuera, la infraestructura mixta en donde el señor Leonardo Castro prodigó casa, albergue, comida, vestuario, educación, medicina a NN, desde los tres años en la cual **(sic)** no es preciso que sea un psicópata de darle cariño como padre, de darle un beso como padre o acaso todo padre que besa a su hija ya está atentando contra el pudor, el ha actuado de esa manera desde el principio y efectivamente dijo que le daba cariño, pero no un cariño que vaya más allá, ha sido como padre como siempre lo ha visto **(sic)**. En cuanto al informe médico el señor perito dijo que no existe lesiones ni de antigua ni de reciente data tanto en vagina como **(sic)** anal, que no existe excoriaciones, que no existe desgarró, que no ha existido la intención de penetración, ni inclusive huella de algún objeto llámese mano, llámese algún objeto que haya inducido al hoy detenido a cometer dicho delito del cual jamás ha cometido, pues dentro del proceso nunca el señor fiscal demostró la amenaza de que hayan recibido tanto la denunciante señorita NN, NN, y de Nancy Teodora Napa Ramírez, ni dio evidencias del machete o del corte de las plantas que le hicieron en el jardín. La Fiscalía habla del procesado, señor Leonardo Colón Castro Castro, que tiene problemas mentales y psicopatías, porque no solicitó la prueba de su fundamentación, jamás lo hizo y jamás lo iba a demostrar, porque mi cliente jamás ha sufrido, ni a la presente fecha problemas mentales. En cuanto a los testimonios que él dice de que tiene que convivir dentro de la casa de Leonardo Colón Castro Castro, para poder dar su testimonio en esta audiencia, no es necesario convivir dentro de la casa, basta conocer a la persona para decir es así o no es así. Se ha demostrado con los certificados de honorabilidad, los certificados de los tribunales penales, las firmas y rúbricas de respaldo al señor Colón Castro Castro como una persona idónea, respetuosa, honorable, que no tiene conflicto con ninguna persona. En cuanto a la hamaca bien se escuchó aquí que el señor Castro Castro, sale a laborar desde las cinco de la mañana hasta las veintiún horas treinta de la noche, todos los días, sábado y domingo, por lo tanto no tiene tiempo como se dijo anteriormente para estar viendo desde la hamaca a NN; y por que ella no presentó una denuncia

cuando supuestamente la estaba tocando y solamente presenta una denuncia en el 2011, por que esperó tanto y además las amenazas no han sido demostradas, la señorita NN decidieron con sus hermanas **(sic)** separar al señor Colón Castro Castro de su mamá y además de eso querían el negocio del señor que tiene en el terminal terrestre, pero como no lograban separar a la mamá de él inventaron este delito sexual y cuando fueron a la Fiscalía a poner la denuncia y le tocó dar la versión a la señora Nancy Teodora Napa Ramírez, ella supo manifestar que no sabía absolutamente nada. En cuanto a las fechas como dije anteriormente Nancy Marisela se contradice que esto fue el mes de marzo del 2011, y luego dice el 9 de noviembre presentó **(sic)** la denuncia. En su versión NN, aduce que viene pasando esto desde el mes de mayo, pero no dice de que año y aquí manifiesta que viene pasando desde el mes de marzo, hay contradicciones en la cual usted deben **(sic)** calificar señores miembros y la señora Nancy Teodora Napa Ramírez cuando da su ampliación de versión manifiesta que viene sucediendo desde el mes de agosto, tres fechas contradictorias, en la cual su mentira no la puede sustentar, su mentira está perjudicando a una persona que es inocente, que a su oficina llegaron a negociar la libertad del señor como consta dentro del CD que lamentablemente no se ha podido hacer la experticia, por lo tanto con todas las pruebas, las contradicciones, la versión de su defendido, las versiones de los testigos que conocen al Leonardo Castro Castro, como una persona seria, responsable y buen padre no siendo padre de la señorita NN, no está demostrado fehacientemente el delito por lo tanto señores jueces, la Fiscalía no ha comprobado la existencia del delito, peor aún la responsabilidad de su defendido. Con todo lo expuesto solicita que en sentencia sea declarado inocente LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO, por no existir fundamento legal que se lo acuse de atentado contra el pudor así lo manifiesta también el art. 4 del Código de Procedimiento Penal, con el art. 8, 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el mismo que habla sobre la inocencia de mi defendido. El art. 8 que habla sobre las garantías judiciales, numeral 2 en donde solicita su inocencia de acuerdo a la Convención Americana de los Derechos Humanos en armonía con el art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto solicito la absolución de su defendido y ordenar la cesación de todas las medidas cautelares. En la réplica el señor Fiscal dice que los delitos sexuales son delitos ocultos donde siempre el único testigo es la víctima, pero el hecho aquí va más allá que aparte de la víctima hay otra persona que también fue manoseada y que es hermana de la víctima. Además el art. 11 y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia indica al operador de justicia aplicar siempre la norma por el interés superior del niño, aquí la niña ha identificado plenamente al procesado de haber atentado contra el pudor, lo que no existe en esta audiencia y lo que existe en el proceso no existe en este mundo ya lo decía el doctor Jorge Zavala Baquerizo, por lo tanto como no ha podido demostrar el acusado su inocencia, la Fiscalía se

ratifica que se dicte sentencia condenatoria con las agravantes que ha manifestado. Por su parte en la contra réplica la defensa dice que su defendido es inocente y no se ha demostrado su responsabilidad. **OCTAVO:** El art. 169 de la Constitución del Ecuador determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, esta disposición guarda concordancia o relación el art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial. El art. 85 del Código de Procedimiento Penal expresa la finalidad de la prueba. La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado, y tocándonos analizar el primer presupuesto de esta disposición legal, esto es que la existencia material de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho, y en estricta aplicación constitucional, este órgano pluripersonal, una vez analizadas las pruebas practicadas en la audiencia, en base a las garantías constitucionales del debido proceso y los principios dispositivos de concentración e intermediación, llega la certeza de que se encuentra plenamente probada la materialidad de la infracción, con el testimonio del doctor Gabriel Díaz, perito médico quien realizó el reconocimiento médico legal a la menor ofendida, dejando entrever que no existen lesiones en el área extragenital, en el área paragenital, ni en el área genital, que fue colaboradora, tranquila, callada, sin embargo el caso que nos ocupa es un delito de atentado contra el pudor, donde no se verifica si hay o no desfloración o penetración, sino un atentado al pudor, que justamente consiste en no haber habido acceso carnal, recomienda la intervención de un psicólogo, dejando aclarado, que cuando las víctimas sufren algún abuso sexual, tienen diferentes maneras de comportamientos, unas se muestran calladas, no colaboradoras, agresivas, muy tranquilas, colaboradoras, en este caso la ofendida se mostró colaboradora, callada. Del testimonio del Agente de la Dinapen Luis Calapaqui Cayo, quien realiza el reconocimiento del lugar de los hechos, y que dice que es una vivienda en un sector marginal de Jipijapa, donde habitan personas de bajos recursos económicos, existe pobreza, es una vivienda de construcción mixta, con techo de zinc y cerramiento de caña gadúa, dejando establecido de que el lugar donde se cometió el delito efectivamente existe, estas pruebas unidas a la partida de nacimiento de la menor NN, quien a la fecha del acometimiento del delito (**sic**) tenía 12 años de edad con todos estos elementos fácticos queda demostrada la existencia material del delito, tocando analizar el segundo presupuesto del art. 85 del Código de Procedimiento Penal, esto es la responsabilidad penal del sujeto activo, en base a las pruebas practicadas en la audiencia, la encontramos en el testimonio de la ofendida NN quien de manera diáfana, narra con lujos de detalles como sucedieron los hechos, y dice que en el momento que se encontraba sola en casa o de noche que su madre dormía porque llegaba cansada de lavar, su padrastro

(procesado) aprovechaba de esta situación, se le metía a la cama, para manosearla y tocarle sus partes íntimas como son senos y vagina, que ella le contó a su madre pero no le creía, que esto venía sucediendo hace tiempo, este testimonio tiene concordancia es unívoco, relación con el de NN hermana de la ofendida quien sabía de lo que estaba pasando pero no denunciaba porque no tenía el apoyo de su madre, quien al verse amenazada por el procesado de que si lo denunciaba las mataba, no lo hizo, hasta en el mes de agosto del 2011 que llega a visitar a su otra hermana que había dado a luz, y se hospeda en la casa de su madre, en la noche observa que cuando estaba durmiendo con su hermana el procesado se acerca hasta la cama y comienza a manosearle los senos y vagina, llevándose a la menor al domicilio de su hermana, lugar donde el procesado llegó con machete en mano con la finalidad de llevársela a la fuerza, lo que fue impedido por el llamado a la Policía logrando huir del lugar, concomitantemente la madre de la ofendida NN dice que al sospechar de lo que su hija le había contado de la agresión sexual que venía siendo objeto por parte de su padrastro, una noche se hace la dormida para verificar lo dicho por la menor, y confirma esta sospecha, cuando descubre al procesado meterse a la cama de la menor, lo que fue reclamado por él y surgen las amenazas de hacerle daño a sus hijas y a ella. Estos testimonios no han podido ser desvanecidos con prueba contundente, incuestionable, que logren exculpar al procesado de la autoría del delito, ya que si bien es cierto la defensa presentó testigos que han abonado de la buena conducta del procesado, no tienen conocimiento de los hechos atribuidos, y dice Ángela Reyes, que veía a la menor con el procesado, que pensaba que era la hija, que era cariñoso con ella, que no sabe que está acusado de abuso sexual a la niña, Ayon Cedeño Marcos, dice que conoce al procesado hace seis años, que él veía que cargaba en brazos a la menor, y le sorprende lo que se le acusa, percibiendo estos juzgadores que estos testimonios carecen de credibilidad, tanto más al decir de Sánchez León María que afirma que no sabe del delito sexual acusado, pero conoce a la niña desde los tres años, y que las hijastras del acusado querían un kiosco, alegaciones que no fueron probadas en la audiencia. El procesado por su parte niega el delito atribuido, sin embargo acepta que acariciaba a la menor, que no ha amenazado a nadie, pero quedó demostrado que el número del celular que indica la madre de la ofendida en el cual recibía llamadas amenazantes, si le pertenecía, aduciendo que se lo robaron, quedando invalidados dichos testimonios por falta de credibilidad. Es menester hacer alusión que en esta clase de delitos el testimonio de la ofendida es relevante, ya que se lo comete en la clandestinidad, sin presencia de testigos, sólo existen la víctima y el victimario, y siempre el victimario se asegura de cometerlos en lugares donde no puedan ser vistos por nadie, a pesar de esta apoteigma, existe como testigo presencial la madre de la menor que finge estar dormida para verificar si efectivamente el procesado estaba abusando de la menor, logrando confirmar lo dicho por su hija, además el testimonio de la hermana, quien también fue objeto del abuso sexual

por parte del acusado. De acuerdo a las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. (Gaceta Serie XVII-nro. 10. Pág. 3257), establece “*que en delitos sexuales, el hecho generalmente se ejecuta sin la presencia de testigos, por lo cual cobra singular importancia el testimonio de la perjudicada, cuyos dichos deben tomarse por verdaderos*”, al respecto el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, nos define el atentado al pudor como “*Cualquier ofensa al pudor y a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, cuando no estén comprendidos en otro delito más penados; (sic) como violación, estupro, incesto, abusos deshonestos...*”, en este caso el acusado ofendió a la menor al atentar en su pudor tocándole sus partes íntimas como senos y vagina, quien al verse descubierto utiliza la intimidación la amenaza, lo que es castigado por nuestra legislación penal en art. innumerado (504.1) que en su capítulo II habla del atentado contra el pudor, y dice: “*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...*” en concordancia con el art. 508 íbidem que preceptúa. “*El atentado existe desde que hay principio de ejecución*”, estos postulados, se enmarcan en los hechos atribuidos al procesado, ya que como se deja indicado la menor tenía 12 años, no teniendo discernimiento y el procesado ejercía el poder sobre ella al ser su hijastra, ya que estaba bajo su amparo y protección, como él mismo lo deja anotado en su testimonio, existiendo congruencia, relación lógica en los hechos manifestados por la ofendida. La dogmática penal, establece cuales son los elementos constitutivos del delito, esto es que exista un acto, que sea típico antijurídico y culpable, cada uno de estos elementos tiene sus características propias, pero en sí mismo el delito tiene un fin que es conceptualizar en su mente al agente activo del delito y lo concreta a través de las acciones físicas que son palpables con un resultado lesivo que en este caso es el atentado al pudor que sufrió la menor. El art. 66 numeral 3 literal b) de la Constitución, entre otras cosas, establece la eliminación y sanción para toda forma de violencia en especial contra niñas, niños y adolescentes y contra toda persona en desventaja o vulnerabilidad, el art. 44 de la Carta Magna, en su parte pertinente 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.*” Art. 45. “*Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción...*” y art. 46 numeral 4. “*Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones*”, con relación a lo que disponen los arts. 1, 2, 3, 19 y 34 de la Convención de los Derechos del Niño, que se han cumplido los requisitos de los arts. 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que existe el

nexo causal entre la infracción y el acusado y se ha comprobado su responsabilidad así como la materialidad de la infracción con todos estos elementos fácticos. **OCTAVO:** Por las consideraciones anotadas anteriormente, y aplicando las reglas de la sana crítica, y el concepto de COUTURE, quien expresa en su obra “*Las Reglas de la Sana Crítica*”, son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables, permanentes en cuanto a los principios, lógicos en que debe apoyarse la sentencia.” EL TERCER TRIBUNAL PENAL DE MANABÍ, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, dicta SENTENCIA CONDENATORIA, en contra LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO, ecuatoriano, con número de cédula, de 37 años de edad, católico, de ocupación comerciante, estado civil soltero, nacido en el cantón Jipijapa, declarándolo autor del delito tipificado en el art. 504-1 en relación 508 del Código Penal, en relación con el art. 29.1 que establece que para los delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se considerarán circunstancias atenuantes.” y le impone la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social del cantón Jipijapa, debiendo descontarse el tiempo que ha permanecido detenido por este mismo delito. De conformidad a lo dispuesto en los artículos 56 y 60 del Código Penal, el sentenciado queda interdicto y suspendido de sus derechos de ciudadanía mientras dure la pena. Con costas daños y perjuicios regulándose en la suma de DOS MIL DÓLARES. Ejecutoriada que fuere esta sentencia remítase copia certificada al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Jipijapa para los fines legales consiguientes. Intervenga (sic) los señores jueces titulares abogado José Ferrín Vera y abogada Paola Miranda Durán, así como el secretario encargado del Despacho doctor Jimmy Mendoza Moreira por licencia de la titular de conformidad a las acciones de personal, suscritas por el señor Director del Consejo de la Judicatura. **Cumplase y notifíquese.**

f) **Dra. Narcisa Santana de Molina, Presidente. Dr. José Ferrín Vera, Juez Titular. Abogada Paola Miranda Durán, Jueza Titular.**

APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. José Agustín Zamora Zambrano.
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ.
PRIMERA SALA DE LO PENAL Y DE TRÁNSITO. Portoviejo, lunes 17 de septiembre del 2012. Las 12h31.

VISTOS: Los señores Jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Manabí, con sede en la ciudad de Portoviejo, el 20 de agosto de 2012 dictaron sentencia condenatoria en contra del ciudadano LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO a quien se le impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, declarándolo autor del delito

tipificado y sancionado en el artículo agregado por la Ley nro. 2 publicado en el R. O. 45 del 23 de junio de 2005, de los delitos de explotación sexual del Código Penal; sentencia que fue impugnada mediante recurso de apelación interpuesto por el sentenciado y que, por sorteo de rigor, le ha correspondido a esta Primera Sala de Garantías Penales, conocer y resolver. Encontrándose la misma en estado de resolución para hacerlo, previamente se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Esta Sala es competente, para conocer, sustanciar y resolver esta causa, de conformidad a lo establecido en los artículos: 167 de la Constitución de la República, 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el artículo 17 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** En la sustanciación del proceso, se advierte que se ha aplicado plenamente las Garantías Constitucionales y especialmente las normas relacionadas al debido proceso contenidas en los artículos 76, 168, 169 y 172 de la Constitución; por lo que, no habiéndose omitido solemnidad sustancial alguna, confirmamos su validez. **TERCERO:** Antecedentes. Según denuncia el ciudadano Leonardo Colón Castro Castro desde marzo de 2011 viene tocándole las partes íntimas a su hermana NN quien vive con su mamá Nancy Napa Rodríguez y quien conocía de los hechos y que el 12 de agosto de 2011 cuando llegó a visitar a su mamá, en la noche el acusado aprovechó que estaban dormidas para meterse a su cuarto y empezar a tocarle sus senos y vagina, por lo que lo acusa del delito de atentado al pudor. Efectuada la audiencia de sustanciación de dictamen se dictó auto de llamamiento a juicio al procesado. **CUARTO:** En el proceso penal necesariamente se debe probar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado tal como lo estipula el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 85 ibídem. En cuanto la materialidad de la infracción es menester señalar que en la audiencia de juzgamiento se obtuvo como pruebas, lo siguiente: 1. El testimonio del médico perito doctor Gabriel Edwin Díaz Loor quien dijo que realizó el peritaje médico legal a la menor NN el 5 de diciembre del 2011 y que ella manifestó que había sido víctima de un abuso sexual de manoseo, que al preguntársele si había habido penetración dijo que no y al examen físico determinó que en sus partes íntimas no había lesiones, su himen era íntegro y al nivel del ano, no había lesión. 2. El testimonio del ciudadano Luis Jaime Calpaqui Cayo agente de la Dinapen quien practicó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos y describió el lugar en el que se desarrolló la diligencia, expresando que se hizo en un sector de personas con bajos recursos económicos que queda en la calle, en el cantón Jipijapa. En lo que hace relación a la responsabilidad penal de los procesados tenemos: 1. El testimonio de la menor con la presencia de la curadora, dijo tener 13 años de edad y respondió a las preguntas de la siguiente manera: P) ¿Desde cuándo conoce al señor Colón Castro Castro? R) Desde que nos trajo a Jipijapa. P) ¿Qué sucedió, que le hacía el señor Castro Castro? R) Me empezó a tocar desde marzo mis partes íntimas por encima de la blusa del short me

intentó besar. P) ¿A dónde fue eso y qué hora? R) Fue en mi casa y de noche, a veces mi mamá llegaba cansada a lavar y se acostaba a dormir y él aprovechaba para tocarme. P) ¿Tuviste alguna amenaza? R) El dijo que iba a matar a mi mami. En esta instancia el señor abogado Jonny Toala, contra examina a la menor y le formula las siguientes preguntas: P) ¿Usted ha insinuado que el señor Colón Castro Castro, desde el mes de marzo le ha venido tocando sus partes íntimas y en su versión en la Fiscalía usted dijo que en mayo, y en este momento dice que fue en el mes de marzo? R) Yo no he cambiado la fecha. 2. El testimonio de la ciudadana NANCY TEODORA NAPA RAMÍREZ, madre de la menor quien dijo que es: ecuatoriana, de 44 años de edad. En el interrogatorio respondió siguientes preguntas: P) ¿Cuántos años tiene su niña NN? R) Ahora tiene trece años. P) ¿Qué relación tenía usted con Don Colón Castro Castro? R) Yo estaba junta con él once años. P) ¿Durante los once años usted observó con su hija algo indebido? R) Si observé algo, pero el temor que a veces me amenazaba, si puse una denuncia que él se atrevió a mi niña NN, eso fue en el 2006. P) ¿Qué fue lo que usted observó? R) Yo observé y la niña me venía diciendo que este señor se venía metiendo a la cama y yo le preguntaba, pero yo nunca le creía mi hija. P) ¿Por qué no le creía a su hija usted? R) Porque yo estaba con él, y él me juraba que no se metía con ella y ya en el mes de agosto, yo comencé a sospechar, hacerme a veces la dormida y verdaderamente se metía a la cama de la niña. P) ¿Inicialmente usted hizo una denuncia en la Fiscalía y usted no dio nombre, por qué? R) Yo no lo di, por que él me amenazó. P) ¿Usted ha sido objeto de amenaza, persecuciones? R) Si, como llamadas al teléfono de que le iba hacer cualquier cosa a mis hijas. P) ¿Podría indicarnos que dice ese mensaje, de que número es? R) El número es, y dice vieja bruta, tú sabes a donde estudia tu hija, así como tú lo haces lo has de pagar vieja culiona. (**sic**) En el contra examen a la deponente y le formula (**sic**) las siguientes preguntas. P) En su primera versión usted manifestó que no sabía, ni había observado nada, porque mi cliente la había amenazado R) El me amenazaba si yo decía la verdad, el iba poner una denuncia a mis hijas y después a mí. P) ¿Cuáles son las amenazas que le hacía él? R) Que me iba a matar a mí y a mis hijas. 3. El testimonio de la ciudadana, NN quien juramentada en legal forma por la señora Presidenta dice que es: ecuatoriana, de 20 años de edad, en el interrogatorio dijo: P) ¿Usted realizó una denuncia el 11 de noviembre, por qué circunstancia usted la realizó? R) La hice porque desde agosto del 2011, yo vine a visitar a mi hermana que dio a luz y mi mami se fue al hospital a cuidar a mi hermana, y yo me quedé en la casa, y después nos dijeron que nos fuéramos con la mamá de Don Colón, y yo le dije que no iba y mi hermana dijo vayámonos que se a quedar solo Don Colón, y en la noche él estaba tomando, y en la madrugada yo me desperté y estaba sobre el toldo y yo llamé a mi hermanita y el salió corriendo y después y le dije a mi mami, pero ella no, nos creía. P) ¿A usted también la tocó el señor Colón Castro Castro? R) Si, eso fue en agosto. P) ¿Está aquí la persona que hacía esos actos en

esta audiencia? R) Si es él don Colón Castro. En el contra examen responde: P) ¿Señora Marisela, por qué usted al momento cuando la tocó el señor Colón, no puso la respectiva denuncia? R) Porque yo no tenía el apoyo de mi mami. P) ¿Por qué usted manifiesta que él se encontraba en la casa el 9 de agosto del 2010, cuando específicamente el señor Leonardo Castro estaba en el hospital con la mamá de la hoy presente aquí? R) No fue el 9 de agosto, fue el 12 de agosto. P) ¿Cuáles fueron las amenazas que le hizo el señor Colón, para que usted no ponga la denuncia el 12 de agosto? R) Yo no dije que me amenazó el 12 de agosto, solo dije que él estaba manoseando a mi hermana y él me dijo que era capaz de matarme y que tenía un hermano que es policía. 4. El testimonio del procesado LEONARDO COLÓN CASTRO CASTRO quien dijo: ser ecuatoriano, 37 años de edad y que sobre el delito que se le está imputando eso es mentira de la señorita NN... "yo nunca he tocado a mi hija, a pesar de todo yo la sigo queriendo y la sigo respetando..."; y al responder a la pregunta de su defensor: ...sobre el delito que se le imputa, que ha estado tocando a esta niña, ¿qué tiene que decir? Respondió: yo nunca la he tocado. 5. El testimonio del ciudadano MARCO ALFREDO AYÓN CEDEÑO, quien dijo que si conoce a NN. Que es una niña que él crió, que le sorprende el delito que se acusa a Colón Castro porque él es una persona trabajadora, responsable y no creo que sea justo que él esté aquí. 6. El testimonio de la ciudadana MARÍA GEOCONDA SÁNCHEZ LEÓN, quien dijo que si conoce a la señorita NN desde cuando la llevaron que tenía tres años que no conoce sobre el delito sexual que se le acusa al señor Castro que le cayó de sorpresa que el chico haya estado en este problema que si escuchó de parte de NN, que iba a perjudicar al señor Colón Castro, porque ella siempre peleaba un kiosko. 7. El testimonio de la ciudadana ÁNGELA MARÍA REYES ANZULES quien dijo que veía la relación de la niña NN y el señor Castro como una familia, y sobre el caso que se le imputa al señor Castro que eso si fue un boom por la zona, porque todo el mundo preguntaba y yo decía, yo no creo porque el siempre llevaba a esa niña y él le prodigaba cariño filial y no creo que él sea capaz de hacerle daño a esa niña. **QUINTO:** El 10 de septiembre de 2012, a las 15h00 la Sala se instaló en audiencia oral, pública y contradictoria para escuchar a los sujetos procesales sobre los fundamentos del recurso de apelación interpuesto. Tal como consta en el acta de la diligencia el abogado Henry Nieto, de la Defensoría Pública sobre el recurso de apelación que plantea Leonardo Castro expresó: que se han violentado ciertas disposiciones, ya que el Código de Procedimiento Penal determina que la declaración del ofendido por sí solo no constituye prueba lo cual ha acontecido, solamente se considera este testimonio y no hay otro que lo sustente y solicita se revoque la sentencia. El señor Fiscal en su intervención expresa que la hermana de la víctima se percató de que le estaban tocando las partes íntimas mientras la menor dormía que esto ocurría desde hace bastante tiempo, pues la víctima vivía con el padrastro que es el sentenciado y que precisa-

mente el 12 de agosto de 2012 ella se acostó en la cama donde dormía su hermana NN y cuando Leonardo Castro procede a ingresar a la cama y a tocarle las partes íntimas, la vagina, los senos a la otra hermana, que hay el tipo de delitos conocidos como delitos ocultos que es cuando la víctima es la única testigo pero que en el caso presente no sólo hubo un testigo y una víctima también fue la hermana de ella y que la madre si lo reconoce pero que estaba amenazada, que al procesado se le preguntó y dijo que si quería a la niña pero que acariciarla en las partes íntimas no es cariño de padre, concluye pidiendo se deseche el recurso. **SEXTO:** MOTIVACIONES DE LA SALA. En la etapa de juicio es donde la actividad procesal desplegada en la etapa de instrucción fiscal se debe convertir en prueba ante el Tribunal de mérito, capaz de comprobar que todos y cada uno de los elementos contenidos en un tipo penal concreto estén presentes en la conducta del imputado y, es preciso que ese acto injusto tenga un nexo causal con el procesado plenamente individualizado e identificado; el fin de esta comprobación es establecer la existencia jurídica del delito y la identidad del sujeto agente del mismo, esto a consecuencia del principio de reserva o de legalidad instituido en el art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. Todo esto implica que primero debe existir una hipótesis penal y luego que el acto antijurídico sea estrictamente igual al contenido en la hipótesis, en otras palabras, que el delito objeto del proceso tomó vida por la conducta del imputado. En ese orden el art. 85 del Código de Procedimiento Penal condiciona que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. En el presente caso, en relación a la materialidad, la diligencia practicada por el médico legista y su testimonio, así como el reconocimiento del lugar practicado por un perito acreditado y el testimonio rendido se deben valorar. Debemos manifestarnos sobre la culpabilidad del procesado quien la Fiscalía le atribuyó la comisión de un delito de atentado al pudor, es decir, hay que establecer si la conducta del acusado se subsume tanto objetiva como subjetivamente los elementos constitutivos del mencionado tipo penal. Importante es señalar que la responsabilidad penal tal como lo señala el artículo 32 del Código Penal debe ser producto de un acto ejecutado con voluntad y conciencia, al que se le puede agregar otro elemento como es la libertad. Tratadistas como Jakobs, Roxin, Zavala entre otros nos enseña que la responsabilidad penal consiste en que el individuo acusado y declarado culpable debe sufrir la consecuencia jurídica que la ley señala, precediendo un análisis imparcial, sereno y documentado de todas las pruebas y circunstancias anteriores y posteriores al acto que sirvió como antecedente al respectivo proceso penal. Las pruebas tienen que ser apreciadas en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, de conformidad al tenor del art. 86 del Código Adjetivo Penal aplicando lo que según E. J. Couture son las reglas de la sana crítica:..." son ante todo el correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez, unas y otras contribuyen de igual manera a que el

operador de justicia pueda analizar la prueba ya sea de (testigos, peritos, de inspección judicial etc.) con arreglo a la razón y a un conocimiento experimental de las cosas". El tratadista agrega: ... "El Juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento" ... Colegimos entonces que sobre la responsabilidad penal del procesado revisado y analizado todo lo actuado en el juicio, se establece que en su calidad de conviviente de Nancy Napa Ramírez la progenitora de la víctima NN, a la fecha de 13 años de edad, mientras vivían juntos como familia en varias ocasiones y más concretamente el 12 de agosto de 2011 le había tocado las partes íntimas, senos y vagina, lo que se comprueba no sólo con lo manifestado por la menor sino por lo dicho por la hermana y la madre de la víctima, no siendo desvirtuados esos testimonios de manera alguna; y, no valorar las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento, sería aumentar la inseguridad jurídica afectando gravemente al sistema de administración de justicia, siendo que, precisamente, los operadores de justicia en aplicación de la Constitución de la República que en su artículo 1 establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, del artículo 66 numeral 3 que reconoce el derecho a la integridad personal, incluyendo la integridad sexual, de los artículos 44 y 45 de la Norma Suprema, de los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 2, 3 y 29 numeral 2 y, los artículos 1, 2, 3, 19 y 34 de la Convención de los Derechos del Niño, tenemos que inexorablemente aplicar esas normativas en defensa de la sociedad. Todo esto nos conduce a considerar la existencia del nexo causal entre el procesado y la infracción puesto que las pruebas son concordantes, unívocas y directas y se adecuan perfectamente con el ilícito penal de atentado al pudor que está tipificado y sancionado en el libro segundo, título VIII de la rufianería y corrupción de menores, capítulo II del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro, artículo innumerado agregado por Ley nro. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005, que estipula..." Art. ... Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal..." No podemos soslayar la interpretación que el legislador hizo sobre cómo deberíamos entender el alcance de la disposición que recoge el tipo penal de atentado al pudor que señala... "Las palabras "somete"; 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..." De la revisión y análisis del proceso, la intervención de los sujetos procesales en audiencia y la sentencia impugnada, la Sala observa que la sentencia recurrida cumple con el mandato del artículo 76, numeral 7, literal 1 de la Constitución de la República y del artículo 304.1 y 309 del Código de Procedimiento Penal. Por las consideraciones expuestas con la certeza de que está comprobada la existencia del delito así como que el procesado es autor del mismo, "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 apelación y se confirma la sentencia venida en grado. **Cúmplase y notifíquese.**

f) **Dr. Orlando Delgado Párraga, Juez Provincial. Ab. Sucre Macías Briones, Conjuez Permanente. Dr. Agustín Zamora Zambrano, Juez Provincial.**

RECURSO DE CASACIÓN

Nro. 1156

Juez Ponente: Dr. Paúl Iñiguez Ríos:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 9 de septiembre de 2013, las 09h00.

VISTOS: ANTECEDENTES. El 20 de agosto de 2012, las 11h30, el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Manabí, dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana Leonardo Colón Castro Castro, por considerarle autor del delito tipificado en el artículo 504-1 en relación 508 del Código Penal, concomitantemente con lo dispuesto en el artículo 29.1 del mismo cuerpo normativo, que establece que para delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se consideraran circunstancias atenuantes, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor extraordinaria. Fallo que fuere impugnado mediante recurso de apelación interpuesto por el sentenciado y al que se adhiere la Fiscalía General del Estado. Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2012, a las 12h31, la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia condenatoria dictada por los jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Manabí, al considerar que existe la certeza de que está comprobada la existencia del delito así como que el procesado es autor del mismo, sentencia de la cual, Leonardo Colón Castro Castro interpuso recurso de casación. Siendo el estado de la tramitación del recurso de casación el de resolver, para hacerlo, previamente, se considera: **COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establece la ley, en virtud del artículo 184.1 de la Constitución

de la República del Ecuador, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio del 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y de las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013 de 22 de julio del 2013 y No. 04-2013 de 22 de julio del 2013. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa, el doctor Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y, doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional. **VALIDEZ PROCESAL.** En el trámite del presente recurso de casación, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de lo actuado. **FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** En la audiencia oral, pública y contradictoria, la abogada María Moreira Mendoza, en representación del recurrente Leonardo Colón Castro Castro, manifestó lo siguiente: El Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, declaró culpable a mi cliente como autor del delito de atentado contra el pudor tipificado y sancionado en el artículo 504.1 en relación con el artículo 508 del Código Penal, imponiéndole una pena de 4 años reclusión mayor ordinaria, sentencia que fue apelada y por sorteo le correspondió conocer a la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, la misma que desestimó el recurso y confirmó la sentencia subida en grado. El presente recurso también lo fundamento en la causal tercera de la Ley de Casación, esto aplicación de los preceptos jurídicos en la valoración de la prueba. Tanto los señores Jueces del Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, como los señores Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, han sentenciado a mi cliente basándose en pruebas que no amerita. Se basan en el testimonio del señor Perito Médico Legista, Dr. Gabriel Loor, el mismo que el día de la audiencia, manifestó que había realizado el examen médico legal a Nancy Maricela Medranda Napa, la misma que es la hermana mayor de la supuesta ofendida N.N., pero en el supuesto no consentido de que se haya realizado el examen médico legal a la supuesta ofendida, en la audiencia de juzgamiento manifestó que no encontró nada, no hubo lesiones, escoriaciones que indiquen que la menor fue víctima de atentado contra el pudor por parte de mi defendido. Tanto el Tribunal Tercero de lo Penal como la Primera Sala de la Corte Provincial de Manabí, indicaron que se comprobó la materialidad de la infracción con el examen médico y con el reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento que no especifica ninguna característica del inmueble donde vivía la menor supuestamente afectada. Los jueces han violado los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal. El señor fiscal no logró probar ni la existencia de la infracción peor aún la responsabilidad de mi defendido. No se comprobó el nexo causal en el presente caso. Como antecedente, la presente causa inicia por una de-

nuncia presentada por Nancy Medranda Napa, hermana mayor de la menor. En esa denuncia manifiesta que ha sido víctima de atentado contra el pudor, indicando que mi defendido en alguna ocasión le había tocado sus partes íntimas, pero sucede que cuando sucedieron estos hechos, la víctima tenía 19 años y en la misma denuncia indica que su hermana menor también había sido víctima de atentado al pudor y las versiones que rindió esta señorita fueron totalmente contradictorias, en una dice que estos hechos sucedieron en marzo del 2011, en otras ocasiones dice que fue en mayo de 2011 y en otras dice que sucedió el 12 de agosto de 2011, cuando se encontraba durmiendo, en horas de la madrugada lo ve a mi defendido sobre el toldo, al percatarse de eso sale corriendo, pero la pregunta es que al estar sobre el toldo jamás pudo haberle tocado las partes íntimas, sin embargo los jueces toman en cuenta este testimonio para condenar a mi defendido. Nunca hubo un examen psicológico a la menor, para demostrar la materialidad de la infracción. Los jueces del Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, como los señores Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, han violado los artículos antes mencionados y además el artículo 76 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República; así como, el numeral primero del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. **CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN: (sic)** Por su parte, la doctora Yolanda Paredes, representante del señor Fiscal General del Estado, manifestó lo siguiente: El Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, declaró culpable al ciudadano Leonardo Colón Castro Castro, autor responsable del delito de atentado al pudor tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, imponiéndole una pena de 4 años reclusión mayor ordinaria, sentencia que fue confirmada en todas sus partes por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, es decir existe doble conforme. De esta sentencia el hoy recurrente interpone recurso de casación el hoy recurrente (sic) y en su exposición la abogada manifestó que lo fundamenta en el artículo 3 de la Ley de Casación, sin tomar en cuenta que el artículo 20 de la misma ley refiere que esta ley no es aplicable en los procesos penales. Se dice que se ha violentado el artículo 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, de lo cual debo manifestar que se ha demostrado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del hoy recurrente, con las pruebas y documentos que fueron introducidos en la audiencia del juicio, cuyas pruebas han sido valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica. Si hubiese alguna lesión o agresión a la víctima estaríamos frente a otro tipo penal. La recurrente no ha mencionado violación alguna de la ley, en la cual haya incurrido el Tribunal juzgador. No ha mencionado las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. No ha demostrado el error de derecho que contiene la sentencia, que puede ser subsanada mediante este recurso. Se ha limitado a hacer un análisis de todas las pruebas que ya fueron practicadas y valoradas en la audiencia de juzgamiento,

lo cual desnaturaliza la esencia del presente recurso extraordinario de casación, pretendiendo que se vuelva a valorar las mismas. Por lo expuesto solicito rechacen el presente recurso por falta de argumento legal. **RÉPLICA:** En la réplica, la abogada de la parte recurrente, doctora María Moreira Mendoza, manifestó: “Los jueces han violentado las normas legales y constitucionales que referí anteriormente. Los señores jueces al valorar la prueba en la sentencia dicen cosas diferentes, totalmente erradas, narran cosas que jamás dijeron los peritos y testigos al rendir sus testimonios en la audiencia de juzgamiento. Solicito que casando la sentencia dictada por la Sala Corte Provincial de Justicia de Manabí, se ratifique el estado de inocencia de mi defendido”. **EL RECURSO DE CASACIÓN.** El tratadista español Andrés de la Oliva Santos, respecto del recurso de casación, sostiene: “*El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley*” (Derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, pág. 623), de este concepto se infiere, que para la procedencia del recurso de casación, es necesario que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, esto es, que se precise la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis determinadas en la ley. La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, está sometida a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada. En tal virtud, el recurso de casación penal constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo por objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2 literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: “*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”, norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “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 jurisprudencia ecuatoriana, sobre la procedencia del recurso de casación penal, se ha pronunciado en los siguientes términos: “*...Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La violación del precepto no debe buscarse en la parte motivada de la sentencia, sino en la*

parte dispositiva que es la que contiene la decisión definitiva. De otro lado, necesario es destacar que por cuanto la casación no es un recurso ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del caudal probatorio, ni volver a analizar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa. En lo atinente a la apreciación de la prueba, debe tener presente que la sana crítica no está sujeta a una escala valorativa, por lo cual no puede sustentarse un recurso de casación en supuesta violación de su normativa. (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 186.). No hay otra causa que sustente la procedencia del recurso, puesto que, en virtud del principio de taxatividad, solo la ley determina los motivos para su procedencia. **EL DELITO DE ATENTADO CONTRA EL PUDOR.** El delito de atentado contra el pudor, se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal, que establece lo siguiente: “*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.*”, dicho delito consiste en obligar a una persona, a realizar actos de naturaleza sexual, sin llegar al acceso carnal, siendo el derecho humano a la integridad psíquica, física y sexual, el que se vulnera con una conducta de esta naturaleza. **ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PRIMERO:** El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establece las causales por las cuales procede el recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que la ley expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de una norma, cuando se aplica una norma legal de manera errónea a determinado caso; y, errónea interpretación, cuando por interpretar la norma de derecho material que se encuentra oscura e incomprensible, se llega a una interpretación distinta a su verdadero sentido. En virtud de lo expuesto y en uso de sus facultades, a este Tribunal le compete, resolver el recurso de casación en el marco de las violaciones que se alegaren por parte del recurrente, respetando los hechos fijados por el tribunal de apelación, pues como se ha dicho reiteradamente, lo que corresponde es la valoración jurídica de la sentencia impugnada, a fin de determinar si existe violación de la ley en los términos establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, de ahí que reviste gran importancia que el recurrente mencione y fundamente claramente cuáles normas específicas de la ley se han violado. **SEGUNDO:** En el presente caso, la defensa del casacionista, fundamentalmente alegó que el tribunal de alzada, al dictar sentencia condenatoria en contra de Leonardo Colón Castro Castro, como autor del delito de atentado al pudor tipificado en el artículo 504.1 en relación con el artículo 508 del Código Penal, aplicó indebidamente los preceptos jurídicos de valoración de la prueba y por tanto lo dispuesto en los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal,

enfaticando que la sentencia ha sido dictada basándose en pruebas que no amerita la condena. No obstante, la defensa del casacionista incurre en un error, al fundamentar el recurso de casación en el artículo 3 de la Ley de Casación, sin tomar en cuenta que dicho cuerpo normativo en el artículo 20 plantea una excepción en materia penal al establecer que: "(...) **EXCEPCIÓN.**- *El recurso de casación en las causas penales se registrará por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal*", mal se puede fundamentar entonces el recurso de casación en materia penal, en una norma que no es aplicable en materia penal, reiterándose que en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se encuentran claramente establecidas las causales por las cuales procede el recurso de casación, por lo que la fundamentación del recurrente es equivocada al proponer dicho recurso al amparo de lo establecido en la causal tercera de la Ley de Casación. **TERCERO:** No obstante lo anotado, revisada la sentencia impugnada, al amparo de las alegaciones del casacionista, considera este Tribunal de Casación, por así evidenciarse, que el tribunal de alzada, al dictar la sentencia, no violó la ley, por indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto del proceso se observa que la prueba ha sido pedida, valorada, practicada e incorporada en la audiencia de juzgamiento, conforme a ley, las mismas que en libertad han sido practicadas por los sujetos procesales, sin que las mismas contravengan la ley y los derechos de las personas, existiendo nexo causal entre la infracción y el responsable del delito señor Leonardo Colón Castro Castro, por tanto, sin que signifique revalorizar la prueba, este Tribunal considera, que el juzgador ad-quem llegó a determinar la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado, de conformidad con lo establecido en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, consecuentemente la sentencia de apelación es la que constitucional y legamente corresponde. Es importante señalar y dejar claro que, en la interposición del recurso de casación, deben observarse necesariamente los principios de taxatividad, de autonomía y no contradicción, de limitación, de prioridad, de presunción de acierto, de trascendencia, de inescindibilidad, de inoponibilidad, a fin de que se pueda realizar un debido cuestionamiento de la ratio decidendi de los Juzgadores. **DECISIÓN.** En virtud de las consideraciones que anteceden, al tenor de lo previsto el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, 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**, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Leonardo Colón Castro Castro y fundamentado por la doctora María Moreira Mendoza. Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines pertinentes. Actuó la doctora Martha Villaruel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada. **Notifíquese.**

f) **Dr. Paul Iñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente. Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional. Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional.**

—  —

XVII

Juicio nro. 008-2011

Juicio por delito de estafa en contra de Ramón Severo Maldonado Ávila y Rosa Narcisca Mogrovejo Narváz propuesto por Santiago Caldas Polo.

SÍNTESIS:

En académico fallo, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, casa el fallo absolutorio dictado por la Corte Provincial de Justicia, para lo cual, inicia con el reconocimiento del concepto en derecho de estafa, confrontando pormenorizadamente los vicios alegados al fallo, con los estatutos que dicta la ley para la procedencia del recurso extraordinario de casación; finalmente, acepta el recurso y dicta el fallo respectivo aplicando los referentes necesarios respecto de la indemnización de daños y perjuicios del reo. La Sala en su resolución hace la entrega de un gran legajo de doctrina y jurisprudencia que amplía el conocimiento de la figura penal de la estafa. Finalmente se apunta, la Sala advierte la necesidad de que se encuentren debidamente vinculados subjetiva y objetivamente, el "fraude", el "error" y la "disposición patrimonial"; que desde el punto de vista subjetivo, el autor, en este caso la procesada, "ha usado el fraude para inducir, mantener o reforzar el error en la víctima, de manera específica en haberle llevado hasta donde la prestamista para generar un préstamo hipotecario, fruto del cual se gira un cheque a su nombre y también lo cobra; lográndose con ello el designio de lograr una disposición patrimonial; por tanto se trata de un tipo subjetivo doloso de intención. Dentro del tipo objetivo, entre el fraude, el error y la disposición patrimonial, ha mediado una relación causal sucesiva (ser una de las personas recomendadas a quien se conocía por sus actividades, haber pactado un precio, haber intermediado con la prestamista, haber presionado para la elaboración de la hipoteca, haber sido beneficiaria del cheque y haberlo cobrado); por tanto, existió esta relación entre el fraude y el error, y éstos con la disposición patrimonial; mediando una relación derivativa, sin interferencia de otra serie causal independiente y preponderante; es por ello que doctrinariamente se dice que cuando esto sucede en el caso concreto, existe fraude y éste es eficaz".

PRIMERA INSTANCIA**Juez Ponente: Dr. Santiago P. Piedra Jaramillo.****TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY.** Cuenca, 12 de mayo del 2012. Las 08h10.

VISTOS: La señora Jueza Primera de Garantías Penales del Azuay, Dra. Jenny Ochoa Chacón dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados Ramón Severo Maldonado Ávila y Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez por considerar que de los elementos de convicción acogidos por la Fiscalía se ha llegado a determinar que existen presunciones graves y fundadas de la existencia del delito de estafa en la persona del señor Santiago Caldas Polo, ilícito tipificado y sancionado en el art. 563 del Código Penal. Por el sorteo de Ley, este Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, es competente para conocer y resolver la presente causa y su Presidente, sustanciando la misma, señala día y hora en la que debe tener lugar la audiencia pública para conocer y resolver la situación legal del acusado. En el día y hora señalados, integrado el Tribunal con su Presidenta Dra. Azucena Andrade Rodríguez y los señores jueces temporales Drs. Santiago Piedra Jaramillo y Franklin Barahona, comparecen, la acusada Rosa Mogrovejo con su defensor Dr. Ernesto Núñez no así el acusado Maldonado Ávila por lo que este enjuiciamiento será exclusivamente para la señora Mogrovejo Narváez; y el señor Agente Fiscal doctor Rommel Molina Coronel. La señora Presidenta una vez que verifica la presencia de las partes, declara abierto el juicio advirtiendo a la acusada que esté atenta a las actuaciones y exposiciones que se van a desarrollar y formular en la audiencia. De conformidad con lo que dispone el art. 286 del Código de Procedimiento Penal los sujetos procesales realizaron sus exposiciones iniciales anunciando los medios probatorios que aportarán y manifestaron en resumen lo siguiente: El señor Fiscal doctor Molina como teoría del caso dice que el señor Silver Santiago Caldas Polo en el 2007 conoció que el señor Ramón Severo Maldonado Ávila llevaba migrantes a Estados Unidos, así el 9 de junio del 2007, acudió a la casa de la Sra. Narcisa Narváez ubicada en la Av. Diez de Agosto de la ciudad de Cuenca y pactaron el viaje para julio del 2007 por el valor de quince mil dólares, después de este acuerdo el hermano de Silver Caldas, Edwin Esteban Caldas Polo hipoteca un terreno de su propiedad realizando una escritura pública el 10 de julio del 2007, la señora que hipoteca en su beneficio el terreno entregó un cheque número 000785 de la cuenta corriente 30968770-04 del Banco del Pichincha por el valor de diez mil dólares, siendo la beneficiaria directamente de este dinero la procesada Rosa Mogrovejo Narváez, que incluso fue cobrado por la señora Mogrovejo, a más se dio dos mil quinientos dólares que fue dado por el perjudicado, frente a este cuadro el viaje no se dio, no se hizo nada para cumplir esta obligación, vinieron los reclamos pero no se devolvió el dinero que había recibido. Anuncia como prueba a más de los testimonios solicitados, la escritura pública nro. 3163 PS; Copia certificada del cheque del Banco del Pichincha nro.

000785 de la cuenta nro. 30968770-04 perteneciente a la cuenta de la Sra. Yolanda Ramón Tapia; Informe de Reconocimiento del Lugar; recorte de prensa; así como los testigos anunciados en su oportunidad. La defensa del acusado sostiene que la verdadera víctima en este hecho es la Sra. Narcisa Mogrovejo Narváez ahora acusada, quien fue objeto no solamente de abuso en calidad de esposa, sino fue engañada por Ramón Maldonado, es así que Narcisa Narváez por efectos de hermandad con el señor William Mogrovejo Narváez conoció a Ramón Ávila que recién llegó del exterior que se dedicaba a la latonería, y por su medio se conocen, en la circunstancia de necesidad le ofrece matrimonio pues la llevaría al extranjero a ella y sus parientes, engañándole que tiene todo tipo de contactos en el exterior. Narcisa se casa con Maldonado pero ella vivía aquí y Ramón tenía sus negocios en Macas, y en alguna circunstancia Narcisa –acusada– por pedido de Ramón Maldonado acude a la Sra. Yolanda Ramón y dice este señor –refiriéndose al ofendido– quiere hipotecar para dar cambiando valores que su esposo necesitaba, en esta circunstancia los señores Caldas tienen contacto con la Sra. Yolanda Ramón y hacen una negociación ausente del conocimiento de la Sra. Narcisa luego Ramón Maldonado entrega a Narcisa un cheque por la suma de diez mil dólares para que le den cambiando, haciendo acto de buena fe y entrega el dinero a su esposo, y esa es toda la intervención de la Sra. Narcisa. Anuncia como prueba certificados de honorabilidad, los antecedentes penales de Narcisa Mogrovejo; y testigos de honorabilidad. Establecidas las posiciones de las partes, presentan la siguiente prueba. **PRUEBA DEL SEÑOR FISCAL: 1. SILVER SANTIAGO CALDAS POLO dice:** Que en el año 2007 presentó una denuncia en contra del Sr. Maldonado a quien le conoció mediante compañeros de trabajo de Aerogal por el mes de junio del 2007 y le mintió que le llevaría en el mes de julio a los Estados Unidos legalmente y pactaron por el precio de quince mil dólares, que la acusada señora Narcisa Mogrovejo le llevó donde la señora Yolanda Ramón diciendo que era su comadre y le hizo el préstamo por el valor de diez mil dólares, y para el mes de julio de 2007 al señor Maldonado le hizo entrega de un cheque que procedía de Yolanda –refiriéndose a la prestamista del dinero en cheque–, que pidió que hipotecue un terreno del hermano y que a más le entregó dos mil quinientos dólares, que el Sr. Maldonado le dijo que después de una semana los papeles le iban a llegar pero que no fue así, el señor Fiscal al presentarle una fotografía manifiesta que esa es la casa del Señor Maldonado, a la pregunta de que si la Sra. Yolanda le entregó un cheque manifiesta que sí, que le conoció a la señora Narcisa Mogrovejo al mismo tiempo que mantuvo las conversaciones con el Sr. Maldonado en la misma casa. **2. EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO refiere:** Que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a los Estados Unidos, que le prestó dinero la Sra. Yolanda en la oficina del abogado del Sr. Ramón, a la pregunta de fiscalía si le conoce al señor: Ramón Maldonado y la Sra. Narcisa Mogrovejo dice que sí, que la señora le llamaba y presionaba para que hipotecara la casa,

manifiesta que ella le trajo a la prestamista a la casa, ella vino a conocer la casa y pidió que firme una escritura de hipoteca, Fiscalía le presenta la escritura de hipoteca y pregunta si reconoce la misma a lo que contesta que sí, que la firma en ese documento es de él, que la Sra. Yolanda le dio un cheque a nombre de la Señora Narcisca Mogrovejo, a la pregunta de quién es el Sr. Caldas Ríos y Martha Polo contesta mi papá y mamá, que ellos vivían en la misma casa, que ellos conocían de esta situación. Al contra examen o del defensor de la acusada, al preguntarle si sabía que Santiago Caldas quería viajar a Estados Unidos para lo cual contrató con Ramón Maldonado, contesta que le presentaron los amigos de trabajo. A la pregunta de quién le ofreció los documentos contesta que Ramón Maldonado. **3. MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS** manifiesta: ante el interrogatorio de la fiscalía en cuanto a qué parentesco tiene con Edwin Esteban Caldas Polo, Santiago Caldas Polo, contesta que son sus hijos, y que Martha Leonor Polo Torres, es su esposa, que llegó a conocer al Sr. Ramón Maldonado Ávila por la señorita Paola Peralta que era compañero de trabajo de su hijo en Aerogal, e insistió que su hijo viaje y llegó a su casa por varias ocasiones, le entregue a la señora aquí presente –refiriéndose a la acusada– cuatrocientos dólares para algunos costos del viaje, que los diez mil dólares le entregaron al Sr. Maldonado, que su hijo obtuvo el dinero hipotecando la casa, la fiscalía al presentar unas fotografías las mismas que adjunta como prueba dice que esa es la casa del Sr. Maldonado y de la Sra. Narcisca Mogrovejo, que le dejaron el dinero y le había ofrecido que el mismo le va a acompañar a los Estados Unidos, ante la pregunta de quién cobró el cheque, contesta que la Sra. Narcisca –acusada– que la acusada llevó a la señora que prestó la plata para que conozca la casa, a la pregunta si se hizo alguna actividad para el viaje, manifiesta que no se hizo nada, ningún trámite, que hicieron reclamos después, a los quince días fueron a la casa del Sr. Maldonado por algunas ocasiones. A la repregunta del abogado defensor de la acusada sobre quien vivía allí contesta que el esposo, la Sra. Narcisca y su hija, que pidió dinero para deshipotecar la casa en la cantidad de doce mil quinientos dólares. **4. MARTHA LEONOR POLO TORRES**, refiere: que Santiago Caldas Polo, Edwin Esteban Caldas Polo y Manuel Bolívar Caldas Ríos son sus hijos y su esposo, que la Sra. Peralta insistió que Ramón Maldonado le quiere llevar a Estados Unidos a su hijo, que le conoce personalmente al Sr. Ramón Maldonado así como a la Sra. Narcisca –acusada–, a la pregunta **(sic)** cómo es que le conoce a esta pareja contesta por que prometieron llevar a Estados Unidos a mi hijo pero nunca salió, la Sra. Narcisca fue a conocer la casa con la señora Yolanda para prestarnos los diez mil dólares. La Sra. Narcisca insistió para que se hipoteque la casa, ella estaba allí para la hipoteca de la casa, nos llamaba para que vayamos a firmar, la Sra. Narcisca el día de la hipoteca pasó en la oficina de su abogado y el Sr. Maldonado ya llegó en la tarde, que el predio que se hipotecó es de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo. A la pregunta de la defensa de la acusada si presenció el ofrecimiento del viaje por parte del Sr. Ramón Maldonado,

contesta que claro, que estuvieron presentes él, mi esposo, mi hijo, la Sra. también –refiriéndose a la acusada– que cuando se hizo el ofrecimiento del viaje se iba a cobrar quince mil dólares, se pagó diez mil dólares el 10 de julio de 2007 en cheque del Banco del Pichincha. **5. NELLY PAOLA PERALTA PACURUCO**, declara que: si conoce a Silver Santiago Caldas Polo manifiesta que sí, fue mi compañero de Aerogal, que le conoce al Sr. Ramón Maldonado Ávila y a la Sra. Narcisca Mogrovejo –acusada– que convivía con él, que tres personas que queríamos irnos a los Estados Unidos, Caldas Santiago, Cristina Peralta y su persona, que le conocieron a través de una compañera, que les dijo que podrían llevarlos a los Estados Unidos porque tenía contactos con migración de los Estados Unidos, que Cristian y Santiago se contactaron con él en una casa, el Fiscal al mostrarle una fotografía pregunta que si es la casa responde que sí, que llegaron y les dijo que tiene contacto con migración de Estados Unidos, que el valor era de quince mil dólares, el señor nos ofreció prestarnos a los dos pero que Santiago Caldas tenía que pagar los quince mil dólares, a la pregunta de que si estaba en la casa también la Sra. Narcisca Mogrovejo contesta que si ella estaba allí, que él le hizo firmar una chequera norteamericana **(sic)** por quince mil dólares. **6. JHONY WILLIAN MOGROVEJO NARVAEZ**, dice que conoció al Sr. Ramón Maldonado por intermedio de un mecánico amigo, que le contrató como mecánico para que se haga cargo del taller, que un día nos encontramos con él y mi hermana, nos invitó a comer, trabajé en Macas, le buscaba mucha gente, a cierto tiempo que tuvo que ver con mi hermana porque nos ofreció llevar a los Estados Unidos, que a los tres meses comenzaron a buscar la gente al Sr. Maldonado por que ha sido una persona que lleva a los Estados Unidos, yo me salí de allí, que el Sr. Maldonado ofreció llevarlos a él y a su hermana y a su sobrina, que el señor nunca le pagó del trabajo, que fue estafado, al preguntarle Narcisca qué actitud tuvo con Maldonado, responde que ella trató de divorciarse lo más pronto posible, le amenazaba a mi hermana, mis padres, a mi sobrina, tratamos que se divorcie. **MARIBEL ALEXANDRA NARVÁEZ MOGROVEJO** indica que: Es hija de la Sra. Narcisca Mogrovejo -acusada-, al interrogatorio de Fiscalía manifiesta que Ramón Maldonado es ex esposo de su mamá, que está divorciado hace unos años, vivían en la Av. Diez de Agosto mi mamá, mi hermana y el Sr. Maldonado, al preguntarle que conoce del señor Maldonado dice no conocer del Sr. Maldonado. **8. MÓNICA PATRICIA NARVÁEZ MOGROVEJO** manifiesta: Que es hija de la Sra. Narcisca Mogrovejo -acusada-, al interrogatorio de Fiscalía manifiesta que vive en la Vía Camino Viejo a Baños, que hace cinco años vivían en la Av. Diez de Agosto, que la Sra. Mogrovejo y el Sr. Maldonado tuvieron unos meses de matrimonio, que la casa era arrendada, a la pregunta de qué tiempo vivió en esa casa contesta que vivió pocos meses. A las repreguntas de la defensa de donde habitaba contesta que pasó aquí en Cuenca con su mamá. Prueba documental. El Fiscal procede a realizar la entrega de la copia certificada de un cheque; la

copia de la escritura de prohibición e hipoteca, el informe de reconocimiento del lugar de los hechos –fotografías del reconocimiento de la casa– y recorte de prensa de diario el Mercurio anunciada oportunamente, documentos que entregados a la defensa no fueron objetados. PRUEBA DE DESCARGO. La defensa de la acusada solicita que como prueba documental de su defendida se incorpore al proceso: **1.** Antecedentes Penales, **2.** Certificados de honorabilidad, **3.** Copia de la sentencia de divorcio, documentos que entregados a la Fiscalía General del Estado para la contradicción no fueron objetados a excepción de la copia de la sentencia de divorcio; solicita además se reciban los testimonios de buena conducta, así, con el testimonio de EVANGELINA BALDOMIRA OCHOA UREÑA y ANDREA CATALINA MACHUCA ALBARRACIN, manifiestan que: conocen a la Sra. Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez quien durante el tiempo que le han conocido ha sido una persona honorable. Testimonio de la Acusada. Luego de la advertencia de sus derechos constitucionales la procesada ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ solicita se reciba su declaración con juramento y dice ser ecuatoriana, de 49 años de edad, divorciada, de ocupación quehaceres domésticos, domiciliada en Cuenca, sobre los hechos manifiesta que: Conocí al Sr. Ramón Maldonado por mi hermano, a los 15 días que le conocí me casé porque me dijo que había vivido en Estados Unidos, tenía tres hijos, yo vivía con mis padres, arrendamos una casa en la que fue a vivir con mi hija soltera, que él tomaba mucho y a unos días de casada ya le maltrataba, por medio de la Sra. Paola el Sr. Caldas llega a donde su hija que tenía un gabinete, que ahí el Sr. Maldonado le ofrece llevar a los Estados Unidos, que ella era negociante, trabajaba en un bar de la escuela, que conversó con Ramón Maldonado diciéndole que le podemos ayudar al señor Caldas, los señores llegaron a donde vivía, que él me presionaba que le ayude, yo le presenté a la Sra. –se refiere a Yolanda Ramón– para que preste el dinero y el Sr. Caldas llegó a dejar un cheque, que el Sr. Maldonado me dijo que vaya a cobrar el cheque, cobré el dinero y entregó en sus manos, dice que encontró un maletín con documentos, con pasaporte, me divorcié, yo fui violentada física y moralmente. DEBATES. Alegato de Fiscalía. El representante de la Fiscalía expone: que los elementos fraudulentos con el ofrecimiento de migración se ha dado el pacto, existe un lugar donde se llevó a cabo pues existe la casa, el dinero entregado, que fue ella que pidió a Yolanda Ramón Tapia que el diera ese cheque a su nombre, cobró el cheque y le entregó a su esposo, que eso ingresa a la sociedad conyugal, todos los testigos reconocen a la Sra. Narcisa, que no apareció esporádicamente fuera del contexto del pacto del viaje, sino que inclusive le tuvieron que entregar cuatrocientos dólares. El dolo se ha demostrado, con los testigos se ha demostrado que la procesada conocía a cabalidad el plan que urdió su esposo, no es una señora ingenua, no tiene ninguna alteración mental, tiene experiencia, que es comerciante y que no podemos pensar de que se ha dejado influenciar, ella sabía a donde caminaba su esposo, la Sra. Martha Polo dijo

que el día de la negociación para que se produzca la hipoteca, la señora estaba en el consultorio del Dr. Durán durante todo el día haciendo actividad constante para que se entregue el dinero. Si suprimimos esta actividad no se hubiese dado el delito, no se hubiese involucrado, la circunstancia del maltrato no la indujeron al cometimiento de este delito, los testigos manifestaron que después la Sra. no dio la cara, ella admite que recibió el cheque, y le dio el dinero al esposo, se ha cumplido con el art. 85 del Código de Procedimiento Penal y concluye solicitando que se declare la culpabilidad de la acusada Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez por el delito establecido en el art. 563 inciso primero y final del Código Penal, y se cuantifique los daños y perjuicios. Alegatos de la defensa. Manifiesta que se a mal interpretado la prueba, ya que lo manifestado por el Sr. Silver Santiago Caldas Polo y las versiones de los testigos presentados por Fiscalía son divergentes, que realizó una recomendación no con ningún beneficio del matrimonio, porque no hubo tal beneficio, si no que existió es el maltrato que ha sido objeto Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez, que no ha habido ocultamiento de la Sra. Narcisa pues ha comparecido a juicio, a la fiscalía, para esclarecer los hechos; no existe nexo causal, la responsabilidad no ha sido comprobada, se ha comprobado el sometimiento al que ha sido objeto por Ramón Maldonado, de creerse algún tipo de intervención de la Sra. Narcisa Mogrovejo podría interpretarse como de encubrir según el art. 45 Código Penal que se refiere a la exención del encubrimiento del cónyuge, que existe prueba de honorabilidad. En la réplica el Fiscal manifiesta que la actuación de la acusada se enmarca dentro del art. 42 del Código Penal que manifiesta quienes son autores del delito. Réplica de la defensa manifiesta que nadie puede ser reprimido por un acto que no sea considerado como delito, e insiste en la inocencia de la Sra. Narcisa Mogrovejo Narváez. En la audiencia de juzgamiento cumplido el proceso de deliberación el tribunal ha resuelto: considerar válido el proceso y válida la prueba documental presentada por los sujetos procesales por cuanto cumple con lo dispuesto en el artículo 79 y 83 del Código de Procedimiento Penal; y, ha resuelto también y principalmente declarar la culpabilidad de la procesada, para ello a continuación hace constar sus fundamentos: **PRIMERO:** Por haberse observado las solemnidades legales sustanciales inherentes al presente trámite se declara su validez. **SEGUNDO:** La Fiscalía acusa por el delito tipificado en el art. 563 del Código Penal, y sancionado en su último inciso, esto es por estafa relacionado con migraciones ilegales. **TERCERO:** Corresponde entonces y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.7.I, de la Constitución, consignar el análisis que llevó al Tribunal a resolver la culpabilidad del acusado. La materialidad de la infracción se encuentra probada con el testimonio del ofendido Silver Santiago Caldas Polo, que manifiesta que el señor Maldonado –cónyuge de la acusada– Sra. Narcisa Mogrovejo según las declaraciones de los testigos por el mes de junio del 2007 le manifestó que le llevaría en el mes de julio a los Estados Unidos legalmente situación que no lo cumplió, y que pactaron

por el precio de quince mil dólares, que la acusada señora Narcisa Mogrovejo, le llevó donde la señora Yolanda Ramón, manifestando que era su comadre para que le haga el préstamo por el valor de diez mil dólares, el mismo que lo hizo en cheque, que después de una semana ofreció hacer llegar los papeles, pero desde entonces no se les ha devuelto el dinero a pesar de que acudió varias veces a su casa. Con el testimonio de EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO que dice que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a Estados Unidos, que le conoce a la acusada señora Narcisa Mogrovejo quien le llamaba y presionaba para que hipotecara la casa, que ella llevó a la prestamista Yolanda a la casa para que la conozca, que ante la presentación de Fiscalía de una escritura de hipoteca a favor de Yolanda Cecilia Ramón Tapia reconoce su firma constante en este documento, manifestando que la Sra. Yolanda entregó un cheque a nombre de la acusada Señora Narcisa Mogrovejo. MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS expone: que le entregó a la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo cuatrocientos dólares para algunos costos del viaje, a más de los diez mil dólares que pagaron hipotecando la casa de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo, que a la presentación de unas fotografías en donde se observa una casa ubicada en la Av. Diez de Agosto por parte de la Fiscalía, dice que esa es la casa de la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo de la que su hijo salió dejándole el dinero, que el cheque fue cobrado por la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo quien le llevó a la Señora Yolanda Ramón que prestó la plata para que conozca la casa, que no se hizo ningún trámite para el viaje, que fueron varias ocasiones a la casa de la acusada, pero que no les devolvieron el dinero; MARTHA LEONOR POLO TORRES, quien expone: que le conoce personalmente al Sr. Ramón Maldonado así como a la Sra. Narcisa -acusada-, que le conoce a esta pareja porque prometieron llevar a Estados Unidos a su hijo, pero nunca salió, que la acusada Sra. Narcisa fue a conocer la casa con la señora Yolanda para prestar los diez mil dólares, que la Sra. Narcisa insistió para que se hipoteque la casa, que la acusada llamaba para que vayamos a firmar, que la Sra. Narcisa el día de la hipoteca pasó en la oficina del Abogado Durán, que el predio que se hipotecó es de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo, que presenció el ofrecimiento del viaje por parte del Sr. Ramón Maldonado estando presente también la acusada, que se hizo el ofrecimiento del viaje por el que se iba a cobrar quince mil dólares pero que se pagó diez mil dólares el 10 de julio en cheque del Banco del Pichincha. Se presentó la escritura de nro. 3163 PS de hipoteca abierta y prohibición de enajenar a favor de Yolanda Cecilia Ramón Tapia, otorgada por Edwin Esteban Caldas Polo, celebrada el 10 de julio del año dos mil siete, ante el Dr. René Durán Andrade Notario Sexto del cantón Cuenca, en la que se hipoteca un lote de terreno signado con el número ciento setenta y ocho; con la copia certificada del cheque del Banco del Pichincha nro. 000785 correspondiente a la cuenta nro. xx perteneciente a la Sra. Yolanda Ramón Tapia, que fue emitida en Cuenca, el 10 de julio del 2007 el mismo día que se realizó la escritura de hipoteca y que fue girado a nombre de

la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo quien le cobró el 16 de julio de 2007. **CUARTO:** La responsabilidad de la acusada nace de los testimonios antes referidos con los que se ha probado que una vez que el cónyuge de la acusada se compromete a llevar al ofendido a los Estados Unidos, y al no tener el dinero que le fue requerido, la acusada valiéndose de la amistad con la señora Yolanda Ramón consigue que ésta le preste el dinero necesario para concretar el viaje, habiendo recibido un cheque a su nombre, cobrado y dice, entregado el dinero a su cónyuge participando de un modo principal en forma deliberada e intencional consiguiendo el dinero; acompañándole a la persona afectada a que hipoteque su casa, porque es evidente que si la acusada no hubiera tenido esta participación, no se hubiera configurado el delito por el que se le acusa, estafa, encasillándose la participación de la acusada en el art. 42 del Código Penal cuando dice que son considerados autores quienes han coadyuvado en la ejecución del delito perpetrado, esta ayuda ha de ser de forma principal y no secundaria, ni circunstancial, es decir que han sido partícipes de la acción nuclear. Ha cooperado dolosa, deliberada e intencionalmente en todos los actos, otorgando un medio, cual es el más expedito y lo más importante, determinante, sin el cual, hubiera sido imposible y no habría podido perpetrarse la infracción, porque no hubiera existido dinero para concretar el viaje, convirtiéndose la acusada, en autora del delito. **QUINTO:** La tesis de la defensa como la prueba actuada en su favor en nada desvirtúa su responsabilidad, al haber confesado la participación que tuvo en este hecho. **SEXTO:** A favor de la acusada ha probado circunstancias atenuantes que serán consideradas al momento de graduar la pena. **SÉPTIMO:** El cuadro procesal descrito, analizado a la luz de la sana crítica, lleva al Tribunal a la certeza de que la prueba presentada por la Fiscalía ha cumplido con la comprobación conforme a derecho de la existencia material del delito y de la responsabilidad del acusado. Por las consideraciones expuestas y por mandato del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, este Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, declara a ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVAEZ, ecuatoriana, de 49 años de edad, divorciada, de ocupación quehaceres domésticos, domiciliada en la ciudad de Cuenca, autora y responsable del ilícito tipificado en el inciso primero, primera parte y sancionado en el último inciso del artículo 563 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de tres años de reclusión menor ordinaria, pero en consideración con las circunstancias atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del art. 29 en relación con el art. 72 último inciso del Código Penal, de acuerdo a la documentación incorporada al proceso, consistente en certificados de antecedentes penales y de buena conducta y los testimonios de buena conducta rendidos, y en consecuencia al no existir circunstancias agravantes que sean constitutivas ni modificatorias de la infracción, como lo

señala el art. 30 del Código Penal, se reduce la pena y se le impone un año de prisión correccional, que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De conformidad con el art. 60 del Código Penal, se le suspenden sus derechos políticos por igual tiempo de la condena. De acuerdo al art. 78 de la Constitución de la República, según la cual se adoptarán mecanismos para una reparación integral a la víctima, en relación con los arts. 52 de Código Penal y 309 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal, se manda a pagar daños y perjuicios en la cantidad de cinco mil dólares americanos. Ejecutoriada la sentencia vuelvan los autos. Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se hallan descritas dentro de la misma. No ha existido actuación indebida por parte del fiscal ni del defensor del patrocinado. Téngase en cuenta la autorización que la acusada Rosa N. Mogrovejo concede al Dr. Carlos Palacios U. y la casilla judicial nro. 297 para las notificaciones. **Notifíquese.**

f.) **Dra. Azucena Andrade Rodríguez, Dr. Franklin Quizhpi Barahona y Dr. Santiago Piedra Jaramillo.**

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Dr. Franklin Barahona Quizhpi.

TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 12 de mayo del 2012. Las 08h10.

VISTOS: Convocados los sujetos procesales a Audiencia de Juicio, para resolver la situación jurídica de la acusada ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ, habiendo cumplido con la evacuación de pruebas y practicado el debate luego de las exposiciones expuestas, el Tribunal de conformidad a lo previsto en el art. 305 del Código de Procedimiento Penal luego de deliberar declarara la culpabilidad de la acusada y en cumplimiento de lo establecido en el art. 306 del mismo cuerpo de ley, la sentencia se reduce a escrito, con la siguiente motivación: **PRIMERO:** El proceso es válido en virtud de que no se ha vulnerado derechos fundamentales, especialmente el derecho de defensa, ni se ha emitido solemnidades esenciales que pudieran afectar la validez de la causa. **SEGUNDO:** Teoría del Caso de la Fiscalía, a través del Dr. Rommel Molina, Fiscal de lo Penal del Azuay quien actúa por encargo, expone: que el señor Silver Santiago Caldas Polo en el 2007 conoció que el señor Ramón Severo Maldonado Ávila llevaba migrantes a Estados Unidos, así el 9 de junio del 2007, acudió a la casa de la Sra. Narcisa Narvárez ubicada en la Av. Diez de Agosto de la ciudad de Cuenca y pactaron el viaje para julio del 2007 por el valor de quince mil dólares, después de este acuerdo el hermano de Silver Caldas, Edwin Esteban Caldas Polo hipoteca un terreno de su propiedad realizando una escritura pública el 10 de julio del 2007, la señora que hipoteca en su beneficio el terreno entregó un cheque número 000785 de la cuenta corriente xx del Banco del Pichincha por el valor de diez mil dólares, siendo la beneficiaria directamente de este dinero la procesada

Rosa Mogrovejo Narvárez, que incluso fue cobrado por la señora Mogrovejo, a más se dio dos mil quinientos dólares que fue dado por el perjudicado, frente a este cuadro el viaje no se dio, no se hizo nada para cumplir esta obligación, vinieron los reclamos pero no se devolvió el dinero que había recibido. Anuncio de prueba de Fiscalía. La Fiscalía anuncia como prueba la escritura pública nro. 3163 PS; copia certificada del cheque del Banco del Pichincha nro. 000785 de la cuenta nro. xx perteneciente a la cuenta de la Sra. Yolanda Ramón Tapia, Informe de Reconocimiento del Lugar; recorte prensa; así como los testigos anunciados en su oportunidad. Teoría del Caso de la parte acusada, al hacer una relación de los hechos expone: que la víctima es la Sra. Narcisa Mogrovejo Narvárez, acusada, quien fue objeto no solamente de abuso en calidad de esposa, sino fue engañada por Ramón Maldonado, es así que Narcisa Narvárez por efectos de hermandad con el señor Willian Mogrovejo Narvárez conoció a Ramón Ávila que recién llegó del exterior que se dedicaba a la latonería, y por su medio se conocen, en la circunstancia de necesidad le ofrece matrimonio pues la llevaría al extranjero a ella y sus parientes, engañándole que tiene todo tipo de contactos en el exterior, Narcisa se casa con Maldonado pero ella vivía aquí y Ramón tenía sus negocios en Macas, y en alguna circunstancia Narcisa -acusada- por pedido de Ramón Maldonado acude a la Sra. Yolanda Ramón y dice este señor -refiriéndose al ofendido- quiere hipotecar para dar cambiando valores que su esposo necesitaba, en esta circunstancia los señores Caldas tienen contacto con la Sra. Yolanda Ramón y hacen una negociación ausente del conocimiento de la Sra. Narcisa -acusada- luego Ramón Maldonado entrega a Narcisa -acusada- un cheque por la suma de diez mil dólares para que le den cambiando, haciendo acto de buena fe y entrega el dinero a su esposo, y esa es toda la intervención de la Sra. Narcisa. Anuncio de prueba de la acusada, anuncia como prueba certificados de honorabilidad, los Antecedentes Penales de Narcisa Mogrovejo: y testigos de honorabilidad. **TERCERO: PRUEBA DE CARGO.** Fiscalía procede a actuación de la prueba y pide se reciban los testimonios de testigos que oportunamente ha nominado, así: **1.** Con el testimonio del ofendido Sr. SILVER SANTIAGO CALDAS POLO conocemos en lo esencial: que en el año 2007 presentó una denuncia en contra del Sr. Maldonado a quien le conoció mediante compañeros de trabajo de Aerogal por el mes de junio del 2007 y le mintió que le llevaría en el mes de julio a los Estados Unidos legalmente y pactaron por el precio de quince mil dólares, que la acusada señora Narcisa Mogrovejo le llevó donde la señora Yolanda Ramón diciendo que era su comadre y le hizo el préstamo por el valor de diez mil dólares, y para el mes de julio de 2007 al señor Maldonado le hizo entrega de un cheque que procedía de Yolanda, refiriéndose a la prestamista del dinero en cheque, que pidió que hipoteque un terreno del hermano y que a más le entregó dos mil quinientos dólares, que el Sr. Maldonado le dijo que después de una semana los papeles le iban a llegar pero que no fue así, el señor Fiscal al presentarle una fotografía manifiesta que esa es la

casa del Señor Maldonado, a la pregunta de que si la Sra. Yolanda le entregó un cheque manifiesta que sí, que le conoció a la Sra. Narcisca Mogrovejo al mismo tiempo que mantuvo las conversaciones con el Sr. Maldonado en la misma casa. **2.** Con el testimonio de EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO conocemos en lo esencial: que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a los Estados Unidos, que le prestó dinero la Sra. Yolanda en la oficina del abogado del Sr. Ramón, a la pregunta de fiscalía si le conoce al señor Ramón Maldonado y la Sra. Narcisca Mogrovejo dice que sí, que la señora le llamaba y presionaba para que hipotecara la casa, manifiesta que ella le trajo a la prestamista a la casa, ella vino a conocer la casa y pidió que firme una escritura de hipoteca, Fiscalía le presenta la escritura de hipoteca y pregunta si reconoce la misma a lo que contesta que sí, que la firma en ese documento es de él, que la Sra. Yolanda le dio un cheque a nombre de la Señora Narcisca Mogrovejo, a la pregunta de quién es el Sr. Caldas Ríos y Martha Polo contesta mi papá y mamá, que ellos vivían en la misma casa, que ellos conocían de esta situación. Al contrainterrogatorio del defensor de la acusada al preguntarle si sabía que Santiago Caldas quería viajar a Estados Unidos para lo cual contrató con Ramón Maldonado contesta que le presentaron los amigos de trabajo. A la pregunta de quién le ofreció los documentos contesta que Ramón Maldonado. **3.** Con el testimonio de MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS conocemos que: ante el interrogatorio de la Fiscalía en cuanto a que parentesco tiene con Edwin Esteban Caldas Polo, Santiago Caldas Polo contesta que son sus hijos, y que Martha Leonor Polo Torres es su esposa, que llegó a conocer al Sr. Ramón Maldonado Ávila por la señorita Paola Peralta que era compañero de trabajo de su hijo en Aerogal, e insistió que su hijo viaje y llegó a su casa por varias ocasiones, le entregué a la señora aquí presente –refiriéndose a la acusada– cuatrocientos dólares para algunos costos del viaje, que los diez mil dólares le entregaron al Sr. Maldonado, que su hijo obtuvo el dinero hipotecando la casa, la Fiscalía al presentar unas fotografías las mismas que adjunta como prueba dice que esa es la casa del Sr. Maldonado y de la Sra. Narcisca Mogrovejo, que le dejaron el dinero y le había ofrecido que el mismo le va a acompañar a los Estados Unidos, ante la pregunta de quien cobró el cheque, contesta que la Sra. Narcisca –acusada– que la acusada llevó a la señora que prestó la plata para que conozca la casa, a la pregunta si se hizo alguna actividad para el viaje manifiesta que no se hizo nada, ningún trámite, que hicieron reclamos después, a los quince días fueron a la casa del Sr. Maldonado por algunas ocasiones. A la pregunta del abogado defensor de la acusada sobre quién vivía allí contesta que el esposo, la Sra. Narcisca y su hija, que pidió dinero para deshipotecar la casa en la cantidad de doce mil quinientos dólares. **4.** Con el testimonio de MARTHA LEONOR POLO TORRES, conocemos que: a la pregunta de Fiscalía quién es Santiago Caldas Polo, Edwin Esteban Caldas Polo y Manuel Bolívar Caldas Ríos contesta que sus hijos y su esposo, que la Sra. Peralta insistió que Ramón Maldonado le quiere llevar a Estados

Unidos a su hijo, que le conoce personalmente al Sr. Ramón Maldonado así como a la Sra. Narcisca –acusada– a la pregunta cómo es que le conoce a esta pareja, contesta por que prometieron llevar a Estados Unidos a mi hijo pero nunca salió, la Sra. Narcisca fue a conocer la casa con la señora Yolanda para prestarnos los diez mil dólares. La Sra. Narcisca insistió para que se hipoteque la casa, ella estaba allí para la hipoteca de la casa, nos llamaba para que vayamos a firmar, la Sra. Narcisca el día de la hipoteca pasó en la oficina de su abogado y el Sr. Maldonado ya llegó en la tarde, que el predio que se hipotecó es de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo. A la pregunta de la defensa de la acusada si presencié el ofrecimiento del viaje por parte del Sr. Ramón Maldonado, contesta que claro, que estuvieron presentes él, mi esposo, mi hijo, la Sra. También –refiriéndose a la acusada– que cuando se hizo el ofrecimiento del viaje se iba a cobrar quince mil dólares, se pagó diez mil dólares el 10 de julio de 2007 en cheque del Banco Pichincha. **5.** Con el testimonio de NELLY PAOLA PERALTA PACURUCO, conocemos que: ante el interrogatorio de la Fiscalía si conoce a Silver Santiago Caldas Polo manifiesta que sí, fue mi compañero de Aerogal, que le conoce al Sr. Ramón Maldonado Ávila y a la Sra. Narcisca Mogrovejo –acusada– que convivía con él, que tres personas que queríamos irnos a los Estados Unidos, Caldas Santiago, Cristian Peralta y su persona, que le conocieron a través de una compañera, que les dijo que podrían llevarlos a los Estados Unidos porque tenía contactos con migración de los Estados Unidos, que Cristian y Santiago se contactaron con él en una casa, el Fiscal al mostrarle una fotografía pregunta que si es la casa responde que sí, que llegaron y les dijo que tiene contacto con migración de Estados Unidos, que el valor era de quince mil dólares, el señor nos ofreció prestarnos a los dos pero que Santiago Caldas tenía que pagar los quince mil dólares, a la pregunta de que si estaba en la casa también a la Sra. Narcisca Mogrovejo, contesta que si ella estaba allí, que él le hizo firmar una chequera norteamericana por quince mil dólares. **6.** Con el Testimonio de JHONY WILLIAN MOGROVEJO NARVÁEZ, conocemos en lo esencial que: conoció al Sr. Ramón Maldonado por intermedio de un mecánico amigo, que le contrató como mecánico para que se haga cargo del taller, que un día nos encontramos con él y mi hermana nos invitó a comer, trabajé en Macas, le buscaba mucha gente, a cierto tiempo que tuvo que ver con mi hermana porque nos ofreció llevar a los Estados Unidos, que a los tres meses comenzaron a buscar la gente al Sr. Maldonado por que ha sido una persona que lleva a los Estados Unidos, yo me salí de allí, que el Sr. Maldonado ofreció llevar a él y a su hermana y a su sobrina, que el señor nunca le pagó del trabajo, que fue estafado, al preguntarle Narcisca que actitud tuvo con Maldonado, responde que ella trató de divorciarse lo más pronto posible, le amenazaba a mi hermana, mis padres, a mi sobrina, tratamos que se divorcie. **7.** Con el Testimonio de MARIBEL ALEXANDRA NARVÁEZ MOGROVEJO conocemos que: es hija de la Sra. Narcisca Mogrovejo -acusada- al interrogatorio de Fiscalía manifiesta que

Ramón Maldonado es ex esposo de su mamá, que está divorciado hace unos años, vivían en la Av. Diez de Agosto mi mamá, mi hermana y el Sr. Maldonado, al preguntarle que conoce del señor Maldonado dice no conocer del Sr. Maldonado. **8.** Con el testimonio de MÓNICA PATRICIA NARVÁEZ MOGROVEJO conocemos: que es hija de la Sra. Narcisa Mogrovejo –acusada– al interrogatorio de la Fiscalía manifiesta que vive en la Vía Camino Viejo a Baños, que hace cinco años vivían a la Av. Diez de Agosto, que la Sra. Mogrovejo y el Sr. Maldonado tuvieron unos meses de matrimonio, que la casa era arrendada, a la pregunta de qué tiempo vivió en esa casa contesta que vivió pocos meses. A las preguntas de la defensa de dónde habitaba contesta que pasó aquí en Cuenca con su mamá. Prueba documental. El Fiscal procede a realizar la entrega de la copia certificada de un cheque; la copia de la escritura de prohibición e hipoteca, el informe de reconocimiento del lugar de los hechos - fotografías del reconocimiento de la casa- y recorte de prensa de diario el Mercurio anunciada oportunamente, documentos que entregados a la Defensa no fueron objetados. **CUARTO. PRUEBA DE DESCARGO.** El Dr. Ernesto Núñez del Arco, abogado defensor de la acusada, solicita que como prueba documental de su defendida se incorpore al proceso: **1.** Antecedentes Penales. **2.** Certificados de honorabilidad. **3.** Copia de la sentencia de divorcio, documentos que entregados a la Fiscalía General del Estado para la contradicción no fueron objetados a excepción de la copia de la sentencia de divorcio, solicitada además se reciban los testimonios de buena conducta, así, con el testimonio de EVANGELINA BALDOMIRA OCHOA UREÑA y ANDREA CATALINA MACHUCA ALBARRACÍN, manifiestan que: conocen a la Sra. Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez quien durante el tiempo que le han conocido ha sido una persona honorable. Testimonio de la Acusada. Luego de la advertencia de sus derechos constitucionales la procesada ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ, solicita se reciba su declaración con juramento y dice ser ecuatoriana de 49 años de edad, divorciada, de ocupación quehaceres domésticos, domiciliada en Cuenca, sobre los hechos manifiesta que: Conocí al Sr. Ramón Maldonado por mi hermano, a los 15 días que le conocí me casé porque me dijo que había vivido en Estados Unidos, tenía tres hijos, yo vivía con mis padres, arrendamos una casa en la que fui a vivir con mi hija soltera, que él tomaba mucho y a unos días de casada ya le maltrataba, por medio de la Sra. Paola el Sr. Caldas llega a donde su hija que tenía un gabinete, que ahí el Sr. Maldonado le ofrece llevar a los Estados Unidos, que ella era negociante, trabajaba en un bar de la escuela, que conversó con Ramón Maldonado diciéndole que le podemos ayudar al Señor Caldas, los señores llegaron a dónde vivía, que él me presionaba que le ayude, yo le presenté a la Sra. Se refiere a Yolanda Ramón, para que preste el dinero y el Sr. Caldas llegó a dejar un cheque, que el Sr. Maldonado me dijo que vaya a cobrar el cheque, cobré el dinero y le entregó en sus manos, dice que encontró un maletín con documentos, con pasaportes, me divorcié, yo fui

utilizada física y moralmente. **QUINTO: DEBATES.** Alegato de Fiscalía. El representante de la Fiscalía expone: que los elementos fraudulentos con el ofrecimiento de migración se ha dado el pacto, existe un lugar donde se llevó a cabo pues existe la casa, el dinero entregado, que fue ella que pidió a Yolanda Ramón Tapia que le diera ese cheque a su nombre, cobró el cheque y le entregó a su esposo, que eso ingresa a la sociedad conyugal, todos los testigos reconocen a la Sra. Narcisa, que no apareció esporádicamente fuera del contexto del pacto del viaje, sino que inclusive le tuvieron que entregar cuatrocientos dólares. El dolo se ha demostrado, con los testigos se han demostrado que la procesada conocía a cabalidad el plan que urdió su esposo, no es una señora ingenua, no tiene ninguna alteración mental, tiene experiencia, que es comerciante y que no podemos pensar de que se ha dejado influenciar, ella sabía a donde caminada su esposo, la Sra. Martha Polo dijo que el día de la negociación para que se produzca la hipoteca, la señora estaba en el consultorio del Dr. Durán durante todo el día haciendo actividad constante para que se entregue el dinero. Si suprimimos esta actividad no se hubiese dado el delito, no se hubiere involucrado, la circunstancia del maltrato no la indujeron al cometimiento de este delito, los testigos manifestaron que después la Sra. no dio la cara, ella admite que recibió el cheque, y le dio el dinero al esposo, se ha cumplido con el art. 85 del Código del Procedimiento Penal y concluye solicitando que se declare la culpabilidad de la acusada Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez por el delito establecido en el art. 563 inciso primero y final del Código Penal, y se cuantifique los daños y perjuicios. Alegatos de la defensa. Manifiesta que se ha mal interpretado la prueba, ya que lo manifestado por el Sr. Silver Santiago Caldas Polo y las versiones de los testigos presentados por Fiscalía son divergentes, que realizó una recomendación no con ningún beneficio del matrimonio, porque no hubo tal beneficio, si no que existió es el maltrato que ha sido objeto Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez, que no ha habido ocultamiento de la Sra. Narcisa pues ha comparecido a juicio, a Fiscalía, para esclarecer los hechos, no existe nexos causal, la responsabilidad no ha sido comprobada, se ha comprobado el sometimiento al que ha sido objeto por Ramón Maldonado, de creerse algún tipo de intervención de la Sra. Narcisa Mogrovejo podría interpretarse como de encubrir según el art. 45 Código Penal que se refiere a la exención del encubrimiento del cónyuge, que existe prueba de honorabilidad. En la réplica el Fiscal manifiesta que la actuación de la acusada se enmarca dentro del art. 42 del Código Penal que manifiesta quienes son autores del delito. Réplica de la defensa manifiesta que nadie puede ser reprimido por un acto que no sea considerado como delito, e insiste en la inocencia de la Sra. Narcisa Mogrovejo Narváez. **SEXTO:** En la materia, si bien es cierto que la Fiscalía General del Estado acusa por el delito tipificado en el inciso primero, primera parte y sancionado con el último inciso del art. 563 del Código Penal, esto es por estafa relacionado con migrantes, pero revisado el auto de llamamiento a juicio se llama por estafa simple,

situación que en nada influye en la causa, pues de conformidad con el art. 232. 4 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a Juicio no surten efectos irrevocables, agregado a ello, que la acusada se ha defendido en esta audiencia de juicio del delito de estafa con relación a migrantes; esto es en ningún momento se ha vulnerado su derecho a la defensa.

SÉPTIMO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA. La existencia de la infracción. La materialidad de la infracción se encuentra probada con los actos y diligencias pedidas, ordenadas y practicadas en la audiencia pública de juzgamiento, como así lo establece el numeral 6 del art. 168 de la Constitución, y los art. 79, 83, 250 y 252 del Código Adjetivo Penal; y, así tenemos: **1.** Con el testimonio del ofendido Silver Santiago Caldas Polo, quien expone: que el señor Maldonado –cónyuge de la acusada– Sra. Narcisa Mogrovejo según las declaraciones de los testigos por el mes de junio del 2007 le manifestó que le llevaría en el mes de julio a los Estados Unidos legalmente situación que no lo cumplió, y que pactaron por el precio de quince mil dólares, que la acusada señora Narcisa Mogrovejo le llevó donde la señora Yolanda Ramón manifestando que era su comadre para que le haga el préstamo por el valor de diez mil dólares el mismo que lo hizo en cheque, que después de una semana ofreció hacer llegar los papeles, pero desde entonces no se les ha devuelto el dinero a pesar de que acudió varias veces a su casa. **2.** Con el testimonio de EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO quien expone: que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a los Estados Unidos, que le conoce a la acusada señora Narcisa Mogrovejo quien le llamaba y presionaba para que hipotecara la casa, que ella llevó a la prestamista Yolanda a la casa para que la conozca, que ante la presentación de Fiscalía de una escritura de hipoteca a favor de Yolanda Cecilia Ramón Tapia reconoce su firma constante en este documento, manifestando que la Sra. Yolanda entregó un cheque a nombre de la acusada Señora Narcisa Mogrovejo. **3.** Con el testimonio de MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS quien expone: que le entregó a la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo cuatrocientos dólares para algunos costos del viaje, a más de los diez mil dólares que pagaron hipotecando la casa de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo, que a la presentación de unas fotografías en donde se observa una casa ubicada en la Avda. Diez de Agosto por parte de Fiscalía, dice que esa es la casa de la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo de la que su hijo salió dejándole el dinero, que el cheque fue cobrado por la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo quien le llevó a la Señora Yolanda Ramón que prestó la plata para que conozca la casa, que no se hizo ningún trámite para el viaje, que fueron varias ocasiones a la casa de la acusada pero que no les devolvieron el dinero; **4.** Con el testimonio de MARTHA LEONOR POLO TORRES, quien expone: que le conoce personalmente al Sr. Ramón Maldonado así como a la Sra. Narcisa -acusada-, que le conoce a esta pareja porque prometieron llevar a Estados Unidos a su hijo, pero nunca salió, que la acusada Sra. Narcisa fue a conocer la casa con la señora Yo-

landa para prestar los diez mil dólares, que la Sra. Narcisa insistió para que se hipoteque la casa, que la acusada llamaba para que vayamos a firmar, que la Sra. Narcisa el día de la hipoteca pasó en la oficina del Abogado Durán, que el predio que se hipotecó es de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo, que presenció el ofrecimiento del viaje por parte del Sr. Ramón Maldonado estando presente también la acusada, que se hizo el ofrecimiento del viaje por el que se iba a cobrar quince mil dólares pero que se pagó diez mil dólares el 10 de julio en cheque del Banco del Pichincha. **5.** Con el testimonio de MÓNICA PATRICIA NARVÁEZ MOGROVEJO, quien expone: es hija de la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo, que hace cinco años vivíamos en la Av. Diez de Agosto, que su madre y el Sr. Maldonado tuvieron unos meses de matrimonio, que la casa era arrendada, que vivieron en esa casa pocos meses. **6.** Con la prueba documental –dos fotografías– constantes en el informe de reconocimiento del lugar en la que los testigos reconocen que es la casa en donde se entregó el dinero, ubicada en la Av. Diez de Agosto, siendo esta de dos plantas, de color crema, con techo rojo; **7.** Con la escritura de nro. 3163 PS de hipoteca abierta y prohibición de enajenar a favor de Yolanda Cecilia Ramón Tapia, otorgada por Edwin Esteban Caldas Polo, celebrada el 10 de julio del año dos mil siete, ante del Dr. René Durán Andrade Notario Sexto del Cantón Cuenca, en la que se hipoteca un lote de terreno signado con el número ciento setenta y ocho; **8.** Con la copia certificada del comprobante de cobro y del cheque del Banco del Pichincha nro. 000785 correspondiente a la cuenta nro. xx perteneciente a la Sra. Yolanda Ramón Tapia, que fue emitida en Cuenca, el 10 de julio del 2007 el mismo día que se realizó la escritura de hipoteca y que fue girado a nombre de la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo quien lo cobró el 16 de julio de 2007. De la autoría y responsabilidad de la procesada se ha demostrado: **1.** Con el testimonio de Silver Santiago Caldas Polo, quien expone que el Señor Maldonado, cónyuge de la acusada, por el mes de junio del 2007 le ofreció que le llevaría en el mes de julio a los Estados Unidos legalmente y que pactaron por el precio de quince mil dólares, que la acusada señora Narcisa Mogrovejo le llevó donde la señora Yolanda Ramón diciendo que era su comadre para que haga el préstamo por el valor de diez mil dólares y que ésta le hizo el préstamo en cheque. **2.** Con el testimonio de EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO que expone que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a los Estados Unidos, que le conoce a la acusada Sra. Narcisa Mogrovejo quien le presentó a la señora Yolanda para que le preste el dinero a cambio de la hipoteca, que la acusada Sra. Narcisa le llamaba y presionaba para que hipotecara la casa llevando a la prestamista a su casa para conocerla, que ante la presentación de la Fiscalía de una escritura de hipoteca celebrada entre Yolanda Ramón y Edwin Caldas, contesta que la firma en ese documento es de él y que la Sra. Yolanda a cambio le dio un cheque a nombre de la acusada Señora Narcisa Mogrovejo; **3.** Con el testimonio de MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS que expone: que a más de los diez mil dólares, entregó a la

acusada Narcisca Mogrovejo cuatrocientos dólares para algunos costos del viaje, que se obtuvo el dinero hipotecando un predio de su hijo, que a la presentación de unas fotografías por parte de fiscalía dice que esa es la casa del Sr. Maldonado y de la Sra. Narcisca Mogrovejo en donde se realizó la entrega del cheque que fue cobrado por la acusada Sra. Narcisca quien le llevó a la señora Yolanda Ramón, quien prestó la plata para que conozca la casa hacer hipotecada y que no se hizo ningún trámite para el viaje. **4.** Con el testimonio de MARTHA LEONOR POLO TORRES, quien manifiesta que le conoce personalmente al Sr. Ramón Maldonado así como a la Sra. Narcisca –acusada– que le conoce a esta pareja por que prometieron llevar a Estados Unidos a su hijo, pero nunca salió, que la acusada Sra. Narcisca fue a conocer la casa con la señora Yolanda Ramón para prestarles los diez mil dólares, que la Sra. Narcisca insistió para que se hipoteque la casa, ella estaba allí para la hipoteca de la casa, que les llamaba para que vayan a firmar, que la Sra. Narcisca el día de la hipoteca pasó en la oficina del Dr. Durán y el Sr. Maldonado llegó después, que el predio que se hipotecó es de su hijo Edwin Esteban Caldas Polo, que presenció el ofrecimiento del viaje por parte del Sr. Ramón Maldonado, que estuvo presente la acusada también, que cuando se hizo el ofrecimiento del viaje se iba a cobrar quince mil dólares, que se pagó diez mil dólares el 10 de julio de 2007 en cheque del Banco Pichincha. **5.** Con la escritura de nro. 3163 PS de hipoteca abierta y prohibición de enajenar a favor de Yolanda Cecilia Ramón Tapia, otorgada por Edwin Esteban Caldas Polo, celebrada el 10 de julio del año dos mil siete, ante el Dr. René Durán Andrade Notario Sexto del Cantón Cuenca, en la que se hipoteca un lote de terreno signado con el número ciento setenta y ocho; **6.** Con la copia certificada del comprobante de cobro y del cheque del Banco del Pichincha nro. 000785 correspondiente a la cuenta nro. xx perteneciente a la Sra. Yolanda Ramón Tapia, que fue emitida en Cuenca, el 10 de julio del 2007 el mismo día que se realizó la escritura de hipoteca y que fue girado a nombre de la acusada Sra. Narcisca Mogrovejo quien lo cobró el 16 de julio de 2007. **OCTAVO: ADECUACIÓN TÍPICA.** Los hechos descritos se subsumen en el ilícito tipificado y sancionado en el art. 563 primer y último inciso del Código Penal, pues se dan sus elementos: **1)** El que con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiera hecho entregar fondos, en la materia, se ha probado que la acusada se hace entregar diez mil dólares parte del ofendido, señor Silver Santiago Caldas Polo por el ofrecimiento de llevar hacia los Estados Unidos legalmente; **2)** Para infundir esperanza: en la especie, la procesada se hace entregar diez mil dólares de parte del ofendido con la seguridad de que va a llevar hacia los Estados Unidos con visa legal; **3)** Se ha demostrado que en base del engaño induce al ofendido y logra desapoderar los dineros de éste, ya que el cheque referido en la causa ha sido cobrado por la acusada el 16 de julio de 2007 ingresando a su patrimonio en mengua del patrimonio del ofendido; **4)** El actuar doloso –con plena conciencia y voluntad– de la acusada se encuentra probado, por cuanto la acusada enga-

ñó al ofendido haciéndole creer que enviaría hacia los Estados Unidos legalmente, obteniendo en esta forma indebida una cantidad de dinero, sin cumplir, ni devolverlo; situación demostrada con la prueba practicada en esta audiencia. **NOVENO:** No se considera lo expuesto por la defensa de la acusada por: **a)** De las pruebas actuadas en esta audiencia (testimonial y documentada), se ha probado la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada; **b)** En cuanto a que la acusada debía responder como encubridora tampoco se lo considera pues se ha demostrado dentro de esta audiencia de juicio que la encartada ha participado directamente en la ejecución de este ilícito pues ella ha ejecutado actos tendientes a la ejecución del delito que se juzga, tanto más que es ella la que da consiguiendo el préstamo, recibe el cheque y lo efectiviza. **c)** En la relación con la prueba documental aportada en esta causa y que se refiere a la copia de la sentencia de divorcio, documento que en nada aporta para la resolución de esta causa por ser impertinente a la misma; no se considera la prueba documental aportada por la Fiscalía consistente en un recorte de prensa del Diario el Mercurio de fecha 6 de octubre del 2010 por ser irrelevante a la causa. **DÉCIMO:** El cuadro procesal así descrito y analizado por este Tercer Tribunal de Garantías Penales, con fundamento en los artículos 16, 86, 28 y 304.A del Código de Procedimiento Penal y en el numeral 3.5 de las disposiciones reformativas y derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara a ROSA NARCISCA MOGROVEJO NARVÁEZ, ecuatoriana, de 49 años de edad, divorciada, de ocupación quehaceres domésticos, domiciliada en la ciudad de Cuenca, autora y responsable del ilícito tipificado en el inciso primero, primera parte y sancionado en el último inciso del artículo 563 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de tres años de reclusión menor ordinaria, pero en consideración con las circunstancias atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 29 en relación con el art. 72 último inciso del Código Penal, de acuerdo a la documentación incorporada al proceso, consistente en certificados de antecedentes penales y de buena conducta y los testimonios de buena conducta rendidos, y en consecuencia al no existir circunstancias agravantes que sean constitutivas ni modificatorias de la infracción, como lo señala el art. 30 del Código Penal, se reduce la pena y se le impone un año de prisión correccional, que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres de Cuenca, debiendo descontarse todo el tiempo que haya permanecido detenida por esta causa. De conformidad con el art. 60 del Código Penal, se le suspende sus derechos políticos por igual tiempo de la condena de acuerdo al art. 78 de la Constitución de la República, según la cual se adoptaran mecanismos para una reparación integral a la víctima, en relación con el art. 309 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal, se manda a pagar daños y perjuicios en la cantidad de diez mil dólares americanos. Ejecutoriada

esta sentencia oficiase para la captura. Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se hallan descritas dentro de la misma. No ha existido actuación indebida por parte del fiscal ni del defensor del patrocinado. Téngase en cuenta la autorización que la acusada Rosa N. Mogrovejo concede al Dr. Carlos Palacios U. y la casilla judicial nro. 297 para las notificaciones. **Notifíquese.**

f) **Dra. Azucena Andrade Rodríguez, Dr. Franklin Barahona Quizhpi, Dr. Santiago P. Piedra Jaramillo. Jueces.**

APELACIÓN

Juicio nro. 124-2012

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY, PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL Y TRÁNSITO. Cuenca 6 de Agosto de 2012. Las 08h01.

VISTOS: El Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, con fecha 12 de Mayo del 2012, a las 08h10, dicta sentencia condenatoria de ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ, en el proceso penal por el delito de estafa determinado en el último inciso del art. 563 del Código Penal. Inconforme la Acusadora particular y la Fiscalía de la sentencia rebate dicho fallo mediante apelación, recurso que le es concedido por el Tribunal a quo. Esta Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; para pronunciar su decisión escrita, se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver sobre el recurso interpuesto, al amparo del art. 178.2 de la Constitución de la República, art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 17.3 del Código de Procedimiento Penal y por el sorteo de ley. **SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL:** En el trámite de la causa se han observado las normas del debido proceso. En consecuencia, al no haber violación al trámite inherente a la causa y tampoco omisión de solemnidad sustancial alguna que lo vicie, se declara su validez. **TERCERO:** Antes de entrar en el análisis del asunto principal, es imperativo, como cuestión previa, resolver sobre la admisibilidad de los recursos. Al respecto cabe establecer: **a)** que el fallo en referencia es susceptible de apelación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal; **b)** El recurso ha sido interpuesto dentro de los tres días de notificada la resolución, atento a lo dispuesto en el artículo 344 *ibídem*; y, **c)** La recurrente ha fundamentado debidamente sus recursos cumpliendo así el mandato contenido en el mismo artículo 344, inciso primero del Código Adjetivo Penal. En consecuencia, esta Sala admite los recursos a trámite por haber sido legalmente interpuesto. **CUARTO. HECHO ATRIBUIDO POR EL FISCAL:** El Fiscal, Dr. Romel Molina, expone: El señor Silver Santiago Caldas Polo en el 2007 conoció que el señor Ramón Severo Maldonado Ávila, llevaba a migrantes a Estados Unidos, así el 9 de junio del 2007, acudió a la casa de la señora Narcisa Narvárez ubicada en la Avda. Diez de Agosto de la ciudad de Cuenca y pactaron el viaje para julio

del 2007, por el valor de quince mil dólares, después de este acuerdo el hermano de Silver Caldas, Edwin Esteban Caldas Polo, hipoteca un terreno de su propiedad realizando una escritura pública el 10 julio del 2007, la señora que hipoteca en su beneficio el terreno entregó un cheque número 000785 de la cuenta corriente xx del Banco Pichincha por el valor de diez mil dólares, siendo la beneficiaria directamente de este dinero la procesada Rosa Mogrovejo Narvárez, que incluso fue cobrado por la señora Mogrovejo, a más se dio dos mil quinientos dólares que fue dado por el perjudicado, frente a este cuadro el viaje no se dio, no se hizo nada para cumplir esta obligación, vinieron los reclamos pero no se devolvió el dinero que había recibido. **QUINTO: PRUEBA DE CARGO:** En la audiencia de juicio, el Agente Fiscal practica las siguientes pruebas como fundamento de su hipótesis acusatoria. **a)** Prueba documental: **1.** La escritura pública nro. 3163 PS. **2.** Copia certificada del cheque del Banco del Pichincha 000785, perteneciente a la cuenta de la señora Yolanda Ramón Tapia. **3.** Informe del reconocimiento del lugar. **4.** Recorte de prensa. **b)** Prueba Testimonial: **1.** SILVER SANTIAGO CALDAS POLO, en el año 2007 presenta una denuncia en contra del señor Maldonado a quien le conoció mediante compañeros de trabajo de Aerogal, en el aeropuerto, ellos me comentaron que un señor llevaba legalmente a éste señor Maldonado acudí en el mes de junio del 2007 y le mintió que le llevaría en el mes de julio a Estados Unidos, que el monto que pactaron fue por el precio de quince mil dólares y la señora Narcisa Mogrovejo, que está aquí presente me llevó donde la persona que prestaba el dinero, esto es, la señora Yolanda Tapia, diciendo que era una comadre y le hizo el préstamo por el valor de diez mil dólares, y para el mes de julio del 2007, le hice la entrega en su domicilio, el dinero a la señora, a quien le hipotecó la casa de mi hermano, a favor de quien apareció, y me prestó el dinero. Una vez entregada la plata, sé que días después, el 16 de julio la señora acusada cobró el mismo. Le reclamé al señor por el dinero pero nunca salí de la ciudad. No le he reclamado a la señora acusada porque el dinero le entregué al señor. El dinero que fue entregado se le pagó a quien prestó haciendo un préstamo al Banco. **2.** EDWIN ESTEBAN CALDAS POLO, el hipotecó un terreno para que su hermano viaje para los Estados Unidos, que le prestó el dinero a la señora Yolanda Ramón, esta hipoteca se dio en la oficina del abogado de la señora. La acusada me presionaba para que hipotecue y preste el dinero. Que el dinero le entregó al acusado. **3.** MANUEL BOLÍVAR CALDAS RÍOS, el señor expresa que es padre de los señores Silver Caldas y Santiago Caldas, que él en compañía de sus hijos, comparecieron y conocieron al señor Mogrovejo, por la señorita Paola Peralta que era compañera de trabajo, que a la acusada para gastos le entregaron cuatrocientos dólares que el dinero de diez mil dólares le entregaron al señor Maldonado, que su hijo obtuvo el dinero hipotecando la casa de mi hijo. La casa hipotecada es mía. Que el señor nunca quiso devolver el dinero. **4.** MARTHA LEONOR POLO, es madre del denunciante, la

chica Peralta es la que le insistía llevar, al señor Maldonado le conoce personalmente igual que su hija. La acusada le insistía que hipotecara la casa, el predio hipotecado es de mi hijo. **5. NELLY PAOLA PERALTA PACURUCU**, no comparece con cédula, fui compañera en Aerogal, conozco al señor Maldonado, conozco a la señora como conviviente no como esposa, éramos tres personas que queríamos ir a Estados Unidos, los dos hermanos Caldas y mi persona fuimos a contactar para ver en que nos podía ayudar. El señor Maldonado, les explicó que él le iba a llevar. Y que cobra quince mil dólares, que prestaba a los dos y que el uno debía pagar, que la señora acusada no se metió en el negocio si no únicamente el señor. **6. WILLIAM MOGROVEJO NARVÁEZ**, es hermano de la acusada, conoció al señor Maldonado, por asuntos de trabajo. Y yo le presenté a mi hermana la acusada al señor Maldonado, y me hice cargo del taller de éste señor en Macas, que no me pagó unos tres meses mi remuneración, y me enteré que él era una persona que llevaba gente a Estados Unidos. Y yo y mi hermana somos víctimas del señor Maldonado el ofreció a mí y mi hermana llevarnos a Estados Unidos, mi hermana siempre era amenazada y le recomendamos y le ayudamos a divorciarse. **7. MARIBEL ALEXANDRA NARVÁEZ MOGROVEJO**, hija de la acusada que ha venido voluntariamente a declarar. El señor Maldonado es ex esposo de mi madre, mi madre vivía con el señor Maldonado en la Avda. Diez de Agosto de la ciudad de Cuenca, en lo principal dice no conocer al señor Maldonado. **8. MÓNICA PATRICIA NARVÁEZ MOGROVEJO**. Es hija de la acusada y que voluntariamente declara, que vivía con su madre y el señor Maldonado, desde que se casaron, sólo ese tiempo que estuvo casado le conoció al señor Maldonado. Que el señor Maldonado pasaba por regla general en la ciudad de Macas. **SEXTO: PRUEBA DE DESCARGO:** Como prueba documental adjunta certificados de honorabilidad, antecedentes penales, copias de la sentencia, documento éste último que es impugnado por la Fiscalía. Y como prueba Testimonial están los señores: **1. EVANGELINA BALDOMIRA OCHOA UREÑA Y ANDREA CATALINA MACHUCA ALBARRACÍN**, testigos que declaran sobre la honorabilidad de la acusada. Testimonio de la Acusada. **ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ**, quien con juramento señala que estuvo engañada, pues mujer ya de edad se casa con éste señor, y al poco tiempo comienza a tomar mucho y agredirle, que le dijo que él iba a ayudar a llevar a las víctimas a Estados Unidos, y que le ayude a conseguir plata que les iba a hacer un favor, y que ella le indicó una persona que les puede prestar un poco de plata, pues ella era comerciante, que ella no sabía nada de que él se dedica a esa actividad, pues ella fue utilizada. Que descubrió con su hija todos los pasaportes que su cónyuge tenía y que al verse descubrió le quería matar, si no es que interviene su hija, que ella con su hija fueron utilizadas y que no sabían para nada la actividad a la que él se dedicaba. **SÉPTIMO: AUDIENCIA:** En la Audiencia realizada acude únicamente el recurrente esto es la acusada, a través de su defensor, se expone en lo principal,

que su patrocinada no recibió dinero alguno, y no participó en el delito en referencia, que ella también es engañada, pues, el acusado ha ofrecido a terceras personas llevar a Estados Unidos; y, ella no tiene participación alguna, por ello pide se revoque la sentencia subida en grado, y se confirme su inocencia. **OCTAVO: ANÁLISIS DE LA SALA:** La Sala considera lo siguiente: **A)** de las declaraciones se desprende de que la acusada no recibió el dinero; **B)** que su participación fue la de ayudar a conseguir el dinero, que incluso, por su propia declaración ella en este accionar fue utilizada, aspecto que no ha sido revertido. **C)** El inmueble hipotecado según las declaraciones era del padre de la víctima, que estaba pues en nombre de su hijo (víctima), es decir, ese testimonio, esto es del padre de la víctima, pues demostraría interés en el presente proceso, como así declaró cuando se le inquirió por parte de la defensa de la acusada, como se aprecia la prueba aportada no justifica plenamente la responsabilidad de la acusada. La Sala debe tener la certeza para determinar a una persona como responsable. Todos estos elementos hacen que no exista la certeza que exige el art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, dando lugar a dudas sobre la responsabilidad de los acusados. Más aún el doctor Jorge Zavala Baquerizo nos dice: "(...) para condenar debe existir la certeza sobre el delito y sobre la culpabilidad. Todo grado inferior a la certeza se resuelve a favor de la sentencia Absolutoria. (...) siempre estuvo amparado en la situación jurídica de inocencia, reconocida y garantizada por la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal". Sumando a ello el principio indubio pro-reo y el de inocencia alegada por la acusada es indiscutible que si no hay certeza, no se puede condenar a la misma. **DÉCIMO: RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto, esta Sala Primera Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", resuelve, aceptar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia dictada por el Tribunal Aquo en todas sus partes, y confirma la inocencia a favor de **ROSA NARCISA MOGROVEJO NARVÁEZ**. Con el ejecutorial, remítase el expediente al Tribunal de origen. Se nombra Secretaria Relatora Temporal a la doctora Lissette Vicuña, por licencia concedida a la Titular. **Notifíquese.**

f) **Dr. José Serrano González, Dr. Paúl Maldonado Jerves, Dr. Víctor Llerena Maldonado, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 9 de septiembre de 2013, las 10h00.

VISTOS: El señor Fiscal del Azuay, Rommel Molina C., interpone recurso de casación en contra de la sentencia

dictada por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay de 6 de agosto de 2012, a las 08h01, la cual acepta el recurso de apelación planteado por la procesada Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez y revoca en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay de 12 de mayo de 2012, a las 08h10, y en su lugar confirma la inocencia Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez. Por el sorteo realizado, le correspondió conocer del presente recurso a este Tribunal de Casación, de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la Doctora Gladys Terán Sierra como Jueza Ponente; la Doctora Ximena Vintimilla quien por licencia es reemplazada por la Conjueza Dra. Zulema Pachacama Nieto; y, el Dr. Wilson Merino, que por licencia actúa la Conjueza Dra. Aída Palacios Coronel, como miembros del Tribunal; al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **1. COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en 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 (reformados mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del R.O. No. 38 de 17 de julio de 2013); artículo 349, del Código de Procedimiento Penal; y, acorde al artículo 5 de la Resolución No. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia de 22 de julio de 2013, es competente para resolver los recursos de casación y revisión. El presente recurso de casación, se lo tramita conforme las normas procesales de los artículos 349 al 358 del Código de Procedimiento Penal, de igual forma se aplica lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República. **2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES.** El ciudadano Silver Santiago Caldas Polo, presenta denuncia en la que señala que por recomendación de Neri Peralta, tomó contacto con Ramón Severo Maldonado Ávila, quien realizaba trámites para llevar personas a los Estados Unidos de Norteamérica; el 9 de junio de 2007, se pactó el viaje con Maldonado Ávila, quien le ofreció la visa por la suma de US \$ 15.000,00; el denunciante indica, que por cuanto no tenía el dinero, la esposa de Ramón Severo, Rosa Mogrovejo Narváez lo llevó a donde Yolanda Ramón Tapia, a pedir un préstamo, que previo a entregarle la suma de US \$ 10.000,00 hipotecó el inmueble de propiedad de Edwin Caldas Polo; el 10 de julio de 2007, se entregó el cheque No. 000785 de la cuenta corriente xx del Banco Pichincha, el 16 de julio del mismo año, el denunciante acudió al domicilio de Ramón Maldonado para entregar el cheque, que fuera cobrado el mismo día por Rosa Mogrovejo Narváez, US \$ 2.500,00; pese a la entrega del dinero, el viaje no se realizó ni se lo devolvió. Con el referido parte policial, se inició la indagación previa e instrucción fiscal, en la que se practicaron varias diligencias con las cuales la Fiscalía, una vez agotada la investigación, el 18 de enero de 2011, en la

audiencia preparatoria de juicio, solicitó se dicte auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez y Ramón Severo Maldonado Ávila, por considerarlos presuntos autores y responsables del delito tipificado en el artículo 563 inciso tercero del Código Penal. El Juzgado Primero de Garantías Penales de Cuenca, consideró que existen presunciones graves y fundadas de la existencia de la infracción y de la participación de los procesados, por tanto dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Ramón Severo Maldonado Ávila y Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez por considerarlos presuntos autores y responsables del delito de estafa tipificado en el artículo 563 del Código Penal. Radicada la competencia en el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, una vez evacuada la audiencia de juzgamiento (26 de abril de 2012) a la cual no compareció el procesado Maldonado Ávila, por tanto tal enjuiciamiento fue únicamente respecto de la procesada Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez; el 12 de mayo de 2012, a las 08h10, se dictó sentencia en la que se declaró a Rosa Narcisca Mogrovejo Narváez, autora y responsable del delito tipificado en el inciso primero, primera parte, y sancionado en el último inciso del artículo 563 del Código Penal, imponiéndole la pena de tres años de reclusión menor ordinaria; pero, en consideración a las atenuantes del artículo 29.6,7 con relación al artículo 72, inciso final, del mismo cuerpo legal, reduce la pena y le impone un año de prisión correccional; y, de conformidad con los artículos 78 de la Constitución de la República, 52 del Código Penal y 309.5 del Código de Procedimiento Penal se manda a pagar daños y perjuicios en la cantidad de US \$ 5.000,00. El Tribunal, basó su sentencia con fundamento a los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales en la audiencia de juicio:

- Testimonio del ofendido Silver Santiago Caldas Polo, quien señaló que presentó denuncia en contra de Maldonado Ávila a quien conoció, en el mes de junio de 2007; que le mintió diciéndole que lo llevaría a Estados Unidos en el mes de julio y que pactaron el precio de US \$ 15.000,00; que la acusada Narcisca Mogrovejo, le llevó a donde Yolanda Ramón, diciéndole que era su comadre, quien le hizo un préstamo por US \$ 10.000,00 para lo cual hipotecó el terreno de su hermano; en el mes de julio de 2007 entregó a Maldonado el cheque que le dio Yolanda (prestamista), que a más entregó US \$ 2.500,00; Maldonado le dijo que luego de una semana llegarían los papeles, pero no fue así; finalmente indica que conoció a Narcisca Mogrovejo cuando conversó con Maldonado, en la misma casa.

- Testimonio de Edwin Esteban Caldas Polo, quien indicó que hipotecó un terreno para que su hermano viaje a los Estados Unidos y, que el dinero se lo prestó Yolanda; que conocía a Ramón Maldonado y Narcisca Mogrovejo, que ella lo presionaba para que hipotecara la casa, llevó a la prestamista a su casa; reconoce su firma en la escritura de hipoteca e indica que Yolanda le dio un cheque a nombre de Narcisca Mogrovejo; que sus padres, Sr. Caldas Ríos y Martha Polo, conocían de esta situación.

- Testimonio de Manuel Bolívar Caldas Rios, quien manifestó que era el padre de Edwin y Santiago Caldas Polo, que conoció a Ramón Maldonado Ávila, por Paola Peralta, que era compañera de trabajo de su hijo, e insistió que su hijo viaje a los Estados Unidos; que entregó a Narcisa Mogrovejo US \$ 400,00 para algunos costos del viaje; que US \$ 10.000,00 entregaron en la casa de Maldonado y Narcisa Mogrovejo; que su hijo obtuvo el dinero hipotecando la casa, que Maldonado ofreció que incluso viajaría con su hijo; indica que el cheque lo cobró Narcisa Mogrovejo, que ella llevó a la prestamista a la casa; señala que no se había hecho ningún trámite para el viaje, y que reclamaron días después acudiendo a la casa de Maldonado por varias ocasiones.

- Testimonio de Martha Leonor Polo Torres, quien refirió que Santiago y Edwin Caldas Polo, que la señora Peralta insistió que Ramón Maldonado llevaría a su hijo a Estados Unidos, que conoce a Maldonado y Narcisa Mogrovejo quienes prometieron llevar a su hijo a dicho país, lo cual nunca ocurrió; que Narcisa fue a conocer su casa con Yolanda, para prestarles US \$ 10.000,00; que Narcisa insistió para que se hipoteque la casa, les llamaban para que firmen; que el día de la hipoteca Narcisa pasó en la oficina de su abogado y Maldonado llegó tarde; que el predio que se hipotecó era de su hijo Edwin; indica que presencié, junto a su esposo e hijo, cuando Maldonado hizo el ofrecimiento del viaje por el cual se iba a cobrar US \$ 15.000,00, y que el 10 de julio se pagó US \$ 10.000,00 en cheque del banco Pichincha.

- Testimonio de Nelly Paola Peralta Pacuruco, quien declaró que era compañera de Silver Santiago Caldas Polo, que conocía a Ramón Maldonado y su conviviente Narcisa Mogrovejo; que tres personas, ella, Santiago y Cristian Peralta querían irse a los Estados Unidos, que una compañera le dijo que ellos podrían llevarlos ya que tenían contactos con migración de los Estados Unidos; que Cristian y Santiago se contactaron en la casa de ellos, les dijeron que tenían contactos con migración de los Estados Unidos y que el valor era de US \$ 15.000,00; indica que en la casa estuvo también Narcisa Mogrovejo.

- Testimonio de Jhony William Mogrovejo Narváez, quien dijo que conoció a Ramón Maldonado por un amigo mecánico, le contrató como mecánico para que se hiciera cargo del taller; que un día les invitó a comer a él y a su hermana, que trabajó en Macas y le buscaba mucha gente; que luego tuvo que ver con su hermana y les ofreció llevarlos a los Estados Unidos; que su hermana Narcisa trató de divorciarse de Maldonado y que la amenazaba a ella, a sus padres y a su sobrina.

- Testimonio de Maribel Alexandra Narváez Mogrovejo, quien señaló que era hija de Narcisa Mogrovejo, quien vivía con su hermana y Ramón Maldonado, que era su ex esposo y que estaban divorciados.

- Testimonio de Mónica Patricia Narváez Mogrovejo, quien manifestó que era hija de Narcisa Mogrovejo, que vivía con su mamá la cual tuvo unos meses de matrimonio con Maldonado.

- Testimonio de la encartada Rosa Narcisa Mogrovejo

Narváez, quien señaló que conoció a Ramón Maldonado por su hermano, que a los quince días que lo conoció se casó con él, porque le dijo que vivió en Estados Unidos, que a los días de casada la maltrataba; que por medio de Paola, el señor Caldas llegó donde su hija que tenía un gabinete, que allí Maldonado le ofreció llevarlo a los Estados Unidos; que conversó con Maldonado diciéndole que le pueden ayudar a Caldas; los señores llegaron donde vivía, él le presionaba para que le ayude; que ella le presentó a Yolanda para que le preste el dinero, y el Caldas llegó a dejar un cheque; que Maldonado le dijo que lo cobrara, lo hizo y lo entregó en su manos; señala que encontró un maletín con documentos, pasaportes; y, que se divorció y ha sido violentada física y moralmente. La sentencia del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, fue apelada por la encartada Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez, ante la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual, mediante sentencia de 6 de agosto de 2012, a las 08h01, acepta el recurso de apelación interpuesto y revoca, en todas sus partes, la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, confirma la inocencia a favor de Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez. De esta sentencia, Rommel Molina, Fiscal del Azuay, interpone recurso de casación, que es el que ahora nos ocupa. **3.**

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. El 25 de junio de 2013, a las 15h30, ante este Tribunal de Casación, se llevó a cabo la audiencia oral pública y contradictoria, de fundamentación del recurso, acorde a lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal; comparecieron en representación de la Fiscalía, recurrente, el Dr. Andrés Hidrovo Larrátegui; y, por la procesada Rosa Narcisa Mogrovejo Narváez, el Dr. Wilson Camino, Defensor Público. **3.1 Del recurrente, Fiscalía.** La cual, para fundamentar el recurso, por intermedio de su representante el Dr. Andrés Hidrovo Larrátegui, manifestó: que la Fiscalía considera que la sentencia recurrida viola tres puntos: el artículo 563 último inciso del Código Penal referente al tipo penal de estafa; el art. 86 del Código Penal, respecto a la sana crítica; el artículo 76.7,1) relacionado con la motivación de las sentencias. Señala, que para la Fiscalía existe una ausencia de motivación porque la norma que comporta el delito de estafa está conformada por un presupuesto de hecho; que respetando los parámetros del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sin traer a colación los medios probatorios a través de los cuales se llegó a decidir y definir el conflicto, sino, resaltar el presupuesto de hecho que está con la disposición penal, menciona aspectos puntuales del delito de estafa *sub iudice*; así: que en el año 2007 el ofendido Santiago Caldas estuvo interesado en viajar a los Estados Unidos, que por recomendación acudió hasta donde los acusados (Ramón Maldonado y Rosa Mogrovejo), que estas personas eran conocidas porque facilitaban los trámites para viajar, que el 9 de junio de 2007, el ofendido acudió al domicilio de la acusada para organizar el viaje, que se pactó el valor de US \$ 15.000,00; que la acusada recomendó y llevó hasta donde su comadre (Yolanda Tapia) para que preste el dinero, que la

condición fue hipotecar un inmueble (de propiedad de su hermano Edwin Caldas). Indica, que la hipoteca fue presentada como prueba documental y consta en el acta y sentencia impugnada; que la persona que prestó el dinero (Yolanda Tapia, comadre de la acusada) giró el cheque No. 785 por el valor de US \$ 10.000,00 a nombre de la acusada; que estos elementos fácticos son una configuración que constan en la sentencia, que los aportes probatorios fueron claros, así los diferentes testimonios rendidos; que si bien el testimonio del agraviado no constituye prueba, también se comprobó con los aportes probatorios documentales (escritura de hipoteca, cheque a nombre de la acusada, testimonios de los familiares y amigos que tenían que ver con la recomendación a la acusada, a quien conocían de antemano porque ayudaba en los trámites para viajar al extranjero). Manifiesta, que la sentencia impugnada recoge estos aportes probatorios, pero al momento de discutir la parte subjetiva del tipo penal (dolo o el conocimiento de la conducta típica y antijurídica); el único argumento de la acusada para deslindarle de responsabilidad fue el decir que desconocía la actividad que realizaba su esposo, vale decir, se imputa al esposo la actividad de realizar estas diligencias para facilitar el viaje a los Estados Unidos; que aquello pertenece a la culpabilidad; que si el testimonio de la procesada, acorde al artículo 143 es un medio de prueba, sin embargo, si existieron otros aportes probatorios como el testimonio de los padres del ofendido que indicaron que recibían llamadas de la acusada para hipotecar el inmueble, por tanto hubo objetivación del propósito de querer tal organización, planificación para que se concrete el tipo penal. Precisa, que la exigibilidad de otro comportamiento es lo que se debió discutir, si la cónyuge debió conocer o no los trámites que realizaba su esposo; que la Fiscalía considera que era un tema que llegó a conocimiento del ofendido por recomendación de personas que, con anterioridad, conocían, cuál era el rol de los acusados dentro de este negocio ilícito; sostiene que la falta de conocimiento, la falta del elemento subjetivo (dolo) no se justificó, solo fue un enunciado; que el juzgador sin desarrollar una debida motivación, que llegue a la certeza de porqué su duda, simplemente dice que es creíble ese testimonio, sin existir medio de probanza alguno que demuestre aquella posición. La Fiscalía, considera que no existió motivación, que el tema de las reglas de la sana crítica es en función de la apreciación de todo el acervo probatorio, y saber, motivadamente, por qué no se toman en cuenta ciertas pruebas, trascendentales en la configuración del tipo penal. Manifiesta, en cuanto a la tipicidad, que si efectivamente todos los elementos del tipo, desde hacerse entregar porque hubo el interés que la hipoteca se llegue a concretar, interés de cobrar el cheque (a su nombre), se cumple el objeto material, que efectivamente son los US \$ 10.000,00, que aparte la acusada recibió por trámites US \$ 2.000,00 a \$ 4.000,00, que no fueron probados pero se llegó a testimoniar por parte del ofendido y de las personas que tuvieron conocimiento de los hechos; que se utilizó una falsa calidad y manejos fraudulentos, que infundió en esa desesperación del agraviado de que-

rer viajar, en la esperanza de que se iba a concretar el viaje; que para abusar de la confianza y la credulidad, el propósito, elemento que no tomó en cuenta el *ad quem*, no así los aportes probatorios que demuestran lo contrario. Concluye, que se ha probado en su totalidad el tipo penal del artículo 563 último inciso del Código Penal y solicita que se case la sentencia y se imponga a la acusada la sanción que corresponde a este tipo penal en calidad de autora del delito de estafa. **3.2 De la contestación de la procesada Rosa Narcisca Mogro-vejo Narváez.** Quien, por intermedio del abogado de la Defensoría Pública, Dr. Wilson Camino, señaló: que la sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay fue debidamente motivada y cumple con el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, con el artículo 76.7, l) de la Constitución; que el artículo 349, inciso segundo del Código Penal, prohíbe que se vuelva a valorar la prueba, que eso fue tratado por los juzgadores anteriores. Señala, que el recurso no ha sido fundamentado legal y debidamente, por cuanto no se ha establecido cual es la violación de la ley en la sentencia; que si se habla de estafa migratoria, habría que ver si su defendida hizo algún acto de querer llevar a una persona al exterior, que no se encontró a su defendida en su poder pasaporte o documento alguno de los perjudicados; que la Corte Provincial a fojas 350, indicó que el ofendido cuando da su testimonio señala que no le ha reclamado a la acusada porque el dinero le entregó a Ramón Maldonado, que es éste quien hizo la gestión y ofrecimiento de llevarle al exterior; que el hermano del ofendido dijo que el dinero le entregó al acusado Maldonado, que el papá del ofendido (Manuel Caldas) afirmó que US \$ 10.000,00 entregaron a Maldonado, que Nelly Peralta, dijo que la acusada no se metió en el negocio, solo Maldonado. Indica, que en el caso de su defendida no existe ningún elemento subjetivo (dolo), que ella no participó en ninguna estafa migratoria; que por tal razón, de los testimonios, la Corte Provincial, motivó que a su defendida no se le demostró dolo directo, que ella no sabía de los negocios de su esposo; que cuando se da la hipoteca, la señora Ramón hizo los negocios con los señores Caldas, que su defendida no actuó en el préstamo; que no se ha configurado lo que establece el artículo 563 del Código Penal. Manifiesta, que la sentencia de la Corte Provincial, está debidamente motivada, porque no hay certeza con relación a su defendida, que esa falta de certeza le beneficia porque aplica el principio del *indubio pro reo*; que por ello se confirmó su estado inocencia. Concluye, que no ve ninguna violación de la ley en la sentencia, que no ve por cuál causal del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal podría encuadrarse; cuál es la infracción de la ley, lo cual no se ha podido motivar; solicita que se declare improcedente el recurso planteado por la Fiscalía **4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.** **4. 1 Del recurso de casación.** La casación ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmes o ejecutoriadas; con el propósito de:

hacer efectivo, a las partes procesales, el derecho sustantivo y las garantías debidas; unificar, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad.¹ Se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva, que en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Penal, artículo 349 que señala: “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. [-sic-] No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.” Calderón Botero señala que: “Se puede afirmar que la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización de del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio referido.”² De lo indicado, deviene que el recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias (ejemplo el de apelación), tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i**) contravención expresa de su texto; **ii**) indebida aplicación; y/o, **iii**) errónea interpretación); circunscritas a que en los cuestionamientos sobre la legalidad de las sentencias, pretenda la reparación de los yerros (agravios inferidos a las partes procesales) en el fallo impugnado; así como, la efectividad del derecho material de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso; y, unificar la jurisprudencia. Ahora bien, cabe indicarse, que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que, no cualquier clase de “inconformidad” con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía. A manera de corolario, en este punto, se puede señalar que el recurso de casación, se trata de un juicio técnico jurídico sobre la sentencia de segunda instancia, para cuya realización se exige al casacionista, señalar con claridad y precisión los errores en que ha incurrido el *ad quem*, demostrarlos y acreditar su incidencia en el fallo impugnado a efectos de que el Tribunal de Casación provee los correctivos del caso y/o subsane los errores o yerros, en el caso de haberlos; de allí que, como señala Samuel Ramírez Poveda “el carácter de acción tutelar del derecho sustancial y las debidas garantías procesales, sea la principal consi-

deración que debe darse a la casación.”³ **4.2 De ciertas consideraciones generales en torno al delito de estafa.** Previo a analizar los argumentos del casacionista, a los cuales nos referiremos en el siguiente punto al hacer el examen de casación; habida cuenta, que el proceso que ahora nos ocupa, traído a sede casacional, deviene del delito de “estafa”, es menester abordar este tipo delictual, a fin de comprender el caso *sub iudice*, todo ello dentro del cumplimiento del rol mismo de este Tribunal de Casación, como un órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador, en el caso de haber, yerros jurídicos en la sentencia. **4.2.1 Acerca del delito de estafa.** En nuestro Código Penal este tipo delictual se encuentra tipificado en el Libro II, De los Delitos en Particular; Título X, De los Delitos contra la Propiedad, Capítulo V, De las Estafas y otras defraudaciones, Artículo 563 que señala: Art. 563.- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos. La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales. De la lectura de este artículo, encontramos que el legislador ha optado por no definir a la estafa, y ha escogido un sistema ejemplificativo-casuístico, al señalar las diferentes formas de defraudación que resultan punibles; más sin embargo este artículo nos brinda una primera aproximación al concepto de la estafa, en el sentido de que este delito consiste en la “defraudación” causada mediante el ardid o el engaño diversas. Ahora bien, por defraudación se ha de entender a toda lesión patrimonial producida con fraude, de modo que se trata del género, cuyas especies son la estafa y el abuso de confianza⁴. Para Antón Oneca, la estafa consiste en “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto o disposición, con consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.”⁵ En el delito

¹ Ver RAMÍREZ POVEDA, Samuel. “Los Errores de Hecho en Sede Casacional”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. Bogotá-Colombia. 2002. p. 19.

² CALDERON BOTERO, Fabio. “Casación y Revisión en materia penal”. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia. 1985.

³ RAMÍREZ POVEDA, Samuel. Ob. Cit. p. 21.

⁴ Ver SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. act. por Manuel A. Bayala Basombrio. Tea. Buenos Aires. 1996. t. IV, p 346.

Básicamente la diferencia es que, en la estafa, el fraude actúa como “determinante” del acto que ocasiona el perjuicio patrimonial, mientras que en el abuso de confianza existe una situación jurídica legítima preexistente, a partir de la cual se concreta posteriormente la defraudación.

⁵ ANTÓN ONECA. Las estafas y otros engaños. Barcelona. 1957. p 70

de estafa, cinco son los elementos exigidos, a saber: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio económico y ánimo de lucro; debiendo tales elementos no aparecer en forma aislada, sino que tienen que estar relacionados de manera especial.⁶ Por su parte, Finzi Conrado, para quien la estafa consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño; los elementos son dos: el engaño y el daño.⁷ Al seguir las enseñanzas de Núñez, podemos decir, que el medio propio de la estafa es el fraude, el cual consiste en la inducción, mantenimiento o reforzamiento de otro en un error sobre un hecho o circunstancia que lo determina a hacer la disposición patrimonial perjudicial para él o para un tercero respecto de cuyo patrimonio tiene poder legal para disponer⁸. Las formas genéricas del fraude son el ardid y el engaño; ambos tienen en común que son modos de hacer creer a la víctima o de mantenerla en su creencia o de reforzarla en su creencia de que es verdadero lo que no lo es; la diferencia entre uno y otro modo es sólo formal; así, el ardid requiere artificios o maniobras objetivos simuladores de una realidad; mientras que el engaño no, pues consiste en la simple aserción, por palabras o actos, expresa o implícitamente, de que es verdadero lo que, en realidad es falso. Finalmente y dado el caso *sub iudice*, el cual versa sobre la denominada estafa migratoria, tipificada en el inciso final del artículo 563 del Código Penal, que señala: “La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.”; cabe indicar que el tema del “tráfico ilegal de migrantes”, en nuestro país se lo incorpora, mediante la Ley Reformatoria al Código Penal (Ley No. 2000-20) publicada en el R.O. No. 110 de 30 de junio de 2000, como un capítulo agregado luego del artículo 440 del referido código, constando así como Capítulo XII, dentro del Título V de los delitos contra la seguridad pública; las consideraciones que motivaron al legislador para expedir tal ley partieron de la difícil situación económica del país, así como los altos índices de desempleo, lo que hizo que muchos ecuatorianos busquen salir al extranjero (segundo considerando de la Ley No. 2000-20); así como, tal situación ha hecho que personas desaprensivas lucren de la necesidad de quienes buscan salir del país (tercer considerando de la Ley No. 2000-20). El 2 de diciembre de 2002, se publica en el R.O. No. 716, la Ley No. 2002-91, Ley Reformatoria al Código Penal, en la cual el legislador, bajo la consideración que la Ley 2000-20, establece como tipo penal las acciones de facilitar por medios ilegales el tráfico de personas hacia otros países (segundo considerando de la Ley No. 2002-91); que la norma es insuficiente para combatir y sancionar este tipo de prácticas de tráfico ilegal de personas, ya que no contempla sanciones para acciones con-

cretas que posibilitan el tráfico ilegal de migrantes (tercer considerando de la Ley No. 2002-91); se introduce el inciso final del artículo 563 del Código Penal de la denominada estafa migratoria. Las estafas de muy diversa factura a los migrantes, ha sido un fenómeno que en los últimos años ha tomado un auge sin precedentes en el país, así, varias organizaciones pro migrantes y ciertos especialistas han hecho un llamado de alerta a dicha comunidad para que tome las medidas pertinentes con el objetivo de evitar ser timados. Se conoce que la gran mayoría de las estafas, denunciadas y/o procesadas, han sido realizadas por falsos tramitadores o personas que carecen de la autorización pertinente para realizar los trámites, pero en la práctica la propia ingenuidad, el desconocimiento e incluso la ansiedad de los migrantes por obtener su “sueño”, en este caso americano, conllevan a facilitar el negocio delictivo de tales inescrupulosos individuos. Se sabe que las estafas son tan diversas, como lo son los objetivos perseguidos por los individuos necesitados, y que con respecto a los migrantes, pueden ir desde la simple gestión para el viaje, la solicitud de una autorización de empleo, hasta los trámites para obtener la visa y/o residencia permanente legal, sea en América o en Europa, sin ni siquiera cumplir los requisitos establecidos. Muchas de estas gestiones se basan infundadamente en supuestas “relaciones especiales” con personalidades e instituciones oficiales, esgrimidas por parte de los timadores. **4.3 De la fundamentación del recurso y de las vulneraciones legales invocadas por los recurrentes.** Como quedó indicado, en el punto 3.1, el recurrente ha argüido que la sentencia impugnada viola la ley, en tres puntos a saber **1)** el artículo 563 último inciso del Código Penal, referente al tipo penal de estafa; **2)** el artículo 86 del Código Penal, respecto a la sana crítica; y, **3)** el artículo 76.7,1) en lo referente a la motivación. Ubicado el escenario causal de los argumentos del casacionista, para proceder a realizar el examen de casación, se debe partir primero de delimitar el marco mismo de las causas para la activación del presente recurso, acorde a lo determinado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, más aún, bajo la consideración de que, como quedo indicado en el punto 4.1, el presente recurso es uno extraordinario que opera a razón de causas específicas, determinadas en la misma ley y que son: la “violación de la ley, por: **1)** contravención de su texto; **2)** indebida aplicación; y, **3)** errónea interpretación. Es a partir de estas causales determinadas en la ley, versus, las argüidas por el recurrente, que el presente examen se lo va a desarrollar al confrontar y/o analizar cada uno de estos puntos, con relación al caso *sub iudice*; así: **4.3.1 Argumento de violación de la ley, por el tipo penal de estafa, art. 563 último inciso del Código Penal (estafa migratoria).** El casacionista centra su argumento

⁶ DONA, Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. T. II-B. 2da ed. Actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 2008. p. 335.

⁷ FINZI, Conrado. La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia. Depalma. Buenos Aires. 1961. p. 34.

⁸ NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal argentino. Parte Especial, t. V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 224 y ss.

en manifestar: que la estafa se encuentra conformada por un presupuesto de hecho -el cual como quedó indicado en el punto 4.1. estriba en el ardid, engaño... - y menciona aspectos puntuales del caso en ciernes, y que obran de la prueba aportada en el juicio (testimonios, documentos -escritura de hipoteca y cheque-) como por ejemplo: que el ofendido estuvo interesado en viajar a los Estados Unidos de Norte América, que por “recomendación” llegó hasta donde los procesados, quienes eran conocidos por facilitar los trámites para viajar, ya que aducían tener los contactos; que en el domicilio de la procesada se organizó el viaje, se pactó el precio (US \$ 15.000,00); que fue la misma procesada la que “recomendó” y “llevó” al ofendido hasta donde la prestamista (su comadre); que “presionó”, vía llamadas telefónicas al ofendido y sus familiares; que por dicho préstamo se entregó un cheque a nombre de la procesada, quien lo cobró. Por otro lado, se argumentó, que si bien la sentencia impugnada recoge, todos estos aportes probatorios; sin embargo, al analizar sobre la parte subjetiva del tipo penal, señala que la tesis de la procesada expuesta en su testimonio, en cuanto a que “desconocía” de las actividades de su esposo, el *ad quem*, le da un valor de peso a este sólo testimonio, como un mecanismo de prueba que lo es a favor de la procesada; frente al resto del acervo probatorio (testimonios tanto del mismo ofendido, de las personas que recomendaron y/o conocían de las actividades de facilitación para los viajes al extranjero de los acusados, testimonios de los familiares del ofendido, testimonios de las hijas de la procesada; y, prueba documental como la escritura pública de hipoteca y el cheque a nombre de la procesada). Finalmente, se argumentó, para esta primera causal, que en cuanto a la tipicidad, todos los elementos del tipo de estafa se han dado, así: hacerse entregar dinero, ya que hubo el interés de concretar el préstamo hipotecario, cumpliéndose con el objeto material; que se utilizó una falsa calidad y se infundió en la desesperación del ofendido de querer viajar al exterior. El casacionista concluye, que se ha probado en su totalidad el tipo penal del artículo 563 último inciso del Código Penal, empero el *ad quem* no ha tomado en cuenta los aportes probatorios. Frente al primer punto de la argumentación del recurrente, este Tribunal de Casación, procede a analizar, pese a que ya fuera desarrollado en el punto 4.1. el delito de estafa, que el “fraude”, el “error” y la “disposición patrimonial” deben estar vinculados subjetiva y objetivamente; que desde el punto de vista subjetivo, el autor, en este caso la procesada, conforme consta fijado en el acervo probatorio del juicio en ciernes, ha usado el fraude para inducir, mantener o reforzar el error en la víctima, de manera específica en haberle llevado hasta donde la prestamista para generar un préstamo hipotecario, fruto del cual se gira un cheque a su nombre y también lo cobra; lográndose con ello el designio

de lograr una disposición patrimonial; por tanto se trata de un tipo subjetivo doloso de intención. Ahora bien, dentro del tipo objetivo, entre el fraude, el error y la disposición patrimonial, ha mediado una relación causal sucesiva (ser una de las personas recomendadas a quien se conocía por sus actividades, haber pactado un precio, haber intermediado con la prestamista, haber presionado para la elaboración de la hipoteca, haber sido beneficiaria del cheque y haberlo cobrado); por tanto, existió esta relación entre el fraude y el error, y éstos con la disposición patrimonial; mediando una relación derivativa, sin interferencia de otra serie causal independiente y preponderante; es por ello que doctrinariamente se dice que cuando esto sucede en el caso concreto, existe fraude y éste es eficaz. Por otro lado, bajo la consideración que la estafa se consuma en el momento en que se opera el perjuicio patrimonial inherente a la disposición patrimonial hecha por la víctima; que para la configuración del tipo objetivo de la estafa es suficiente con la constatación de la existencia de una declaración falsa sobre un hecho cuya única exigencia de tipicidad es que produzca un error en otro; vale decir, en el sujeto pasivo o el tercero que lo represente; de allí que, el segundo de los elementos del tipo objetivo de estafa, que es el error en el que ha de incurrir el sujeto disponente, entendiéndose por tal, el conocimiento viciado o la falsa representación de la realidad en la que dicho sujeto incurre como consecuencia de la declaración falsa y que es precisamente, lo que determina, la realización del acto dispositivo perjudicial; en el presente caso, ha operado cuando aquel ofrecimiento del viaje al exterior, no se cristalizó pese a que se entregó el “precio” del mentado viaje. En cuanto al tercero de los elementos del tipo objetivo de estafa, que es el acto de disposición que la víctima o tercero que la represente realiza como consecuencia del error provocado por el agente mediante la declaración falsa; entendiéndose por tal, todo comportamiento activo u omisivo, ya se trate de actos de enajenación, de gravamen, de arrendamientos, de avales, etc. y que en el caso que nos ocupa, fue la entrega del dinero, fruto de un préstamo hipotecario; ese comportamiento dispositivo fue activo, teniendo tal acto dispositivo un contenido patrimonial. Finalmente, el último de los elementos del tipo objetivo de la estafa, que es el perjuicio patrimonial, que igualmente ha de ser causado por el acto dispositivo, y cuyo importe se suele calcular en virtud del denominado criterio del “saldo contable global”⁹, que compara el valor del patrimonio antes y después de la realización de la conducta defraudatoria, también se halla configurado; cabe reparar que, la estafa exige en su tipo subjetivo dos elementos: el dolo y el ánimo de lucro propio o ajeno, como elemento subjetivo específico del tipo añadido al dolo, y que consiste en la intención del sujeto de obtener una ventaja, provecho o beneficio de carácter

⁹ Ver en esta línea a CASTRO MORENO, Abraham. Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2010. El denominado criterio del saldo contable global, se ha de entender como el resultado económico final del fraude (perjuicio que queda en el víctima).

patrimonial. Es por ello, que este Tribunal de Casación, encuentra, en este primer punto argüido en el presente recurso de casación, que el *ad quem* yerra por no haber aplicado en estricto sentido el artículo 563 último inciso, que tipifica y sanciona al delito de estafa, figura delictual que en el *sub iudice* obra que está comprobado conforme a derecho, así como la responsabilidad de la procesada. **4.3.2 Argumento de violación de la ley, por el artículo 86 del Código Penal, respecto a la sana crítica.** En torno a este punto, el argumento se ha desarrollado sobre la base de que, luego de precisar que no se trata de volver a valorar los medios probatorios a través de los cuales se llegó a decidir y definir el conflicto; lo cual cabe indicar que por expresa prohibición de la parte final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no corresponde a este escenario de casación; y se manifiesta que, a más de los testimonios, obra prueba documental como la escritura pública de hipoteca, el cheque, todo lo cual incluso obra en la misma sentencia recurrida; que todos estos elementos fácticos constan en el fallo; que los aportes probatorios son claros; y concluye que hay violación, en cuanto a que el tema de las reglas de la sana crítica se deben dar en función de la apreciación de todo el acervo probatorio. Frente a este argumento, que estriba, en el tema de la sana crítica y sus reglas, este Tribunal de Casación, parte de la premisa que: el método de la sana crítica consiste en apreciar un conjunto de normas, de criterios de los jueces, basadas en pautas de la lógica, la experiencia, basamentos científicos, la psicología, y aún del sentido común, que aunadas llevan al convencimiento humano, en este caso de los administradores de justicia, que se aplica en el momento de resolver la litis; que en lo sustancial, “las reglas de la sana crítica” están integradas, por una parte con los principios fundamentales del intelecto humano, pilares de todo conocimiento racional e instrumento de certeza, en su camino hacia la verdad lógica y ontológica; y, por otra parte por las reglas empíricas denominadas máximas de experiencias; que la finalidad de la prueba es procurar al juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos a probarse; que los jueces deben fundar sus resoluciones bajo las pruebas del proceso y aplicar la sana crítica, acompañada de una prueba acabada y directa; que en este marco, la plena convicción no la obtiene el juez, generalmente con un solo medio de prueba, sino del concurso y la variedad de medios aportados al proceso; que para llegar a obtener el juez la convicción a través de los medios probato-

rios, debe seguir un método; esto es, debe establecer los mecanismos para la “valoración de la prueba”; que existen pues diversos sistemas de valoración por ejemplo: “La Prueba Legal o Tarifada”, que en su concepción más simple puede decirse que se llama legal la prueba cuando su valoración está regulada por ley; “La Libre Convicción o Prueba Racional”, como antítesis de la prueba legal, y se tiene por tal a aquella cuya valoración no está regulada por la ley y que es dejada a la libre apreciación del juez; “Las Reglas de la Sana Crítica”; sistema ha sido desarrollado y propugnado en América, por el profesor uruguayo Eduardo J. Couture, quien además de los sistemas de valoración ya indicados, distingue el de la sana crítica, esto es, el que remite a criterios de lógica y de experiencia, por acto voluntario del juez.¹⁰ Ahora bien, cabe indicar, que es muy usual confundir el sistema de la libre convicción con el método de la sana crítica en lo que respecta a la valoración de las pruebas; el primero, como se dijo, es un sistema de valoración tal y como lo son el sistema legal o tarifado; mientras tanto que la sana crítica es un método por medio del cual se deben examinar y comparar las pruebas, a fin de que a través de las reglas de la lógica se llegue a una conclusión, o sentencia; en la sana crítica, el juez, resuelve sobre el valor probatorio del medio de prueba, con completa consideración de todas las circunstancias extraídas mediante el debate, basándose en su experiencia de la vida y el conocimiento de los hombres, de acuerdo con su libre convicción; pero debe indicar en la sentencia sus fundamentos, para la propia seguridad, por mandato legal y constitucional, con relación a la motivación y fundamentación, para el análisis de la instancia superior, cuando se accede al derecho a recurrir. Sobre la base de lo indicado, al puntualizar nuestro análisis, dado el caso traído a sede casacional, en donde el nudo central en este argumento del casacionista, estriba en el cuestionamiento a la valoración de la prueba que ha hecho el *ad quem*; resulta menester referirnos al contenido mínimo de las reglas de la sana crítica, sin entrar a un ejercicio *per se* de valoración probatoria, para ello debe quedar claro que la sana crítica, es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso¹¹. Ahora bien, huelga reparar que juzgar, con base al sistema de la “sana crítica” es, también, un arte, por cuanto,

¹⁰ En la doctrina de Couture, la diferencia entre el sistema de la libre convicción y el de la sana crítica consiste en esencia, en que el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente; esta manera de actuar -dice Couture- no sería sana crítica, sino libre convicción; la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual; para Couture, la sana crítica es lógica y experiencia; apunta este autor que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia, porque la elaboración del juez puede ser correcta en sentido lógico formal y sin embargo la sentencia ser errónea, si han sido erróneamente elegidas las premisas o algunas de ellas; es “experiencia”, porque las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba, pues el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales; Estas son pues las reglas de la sana crítica: reglas lógicas y máximas experiencias, a las cuales no solo el juez sino cualquiera se uniforma en la reconstrucción de los hechos.

Para algunos autores como Devis Echandia y Sentis Melendo no rechazan categóricamente la distinción entre libre convicción y sana crítica, sino que una y otra están estrechamente vinculadas.

¹¹ En esta línea de pensamiento, véase, también, a ARAZI, Roland. La Prueba en el Derecho Civil. Buenos Aires (Argentina): Ediciones La Rocca, 1991, pp. 89 y sig.

se debe partir del entendimiento que, igualmente, el hombre o la mujer que juzga debe tener la virtud o disposición de valerse del conjunto de principios, preceptos y reglas necesarias para juzgar bien; porque al tratarse de una actividad humana que tiene como propósito hacer el bien o por lo menos lo correcto, debe tener, también, una finalidad ética¹²; por lo que se debe atender a las virtudes y no a las desvirtudes; a la disposición para hacer el bien o por lo menos lo correcto y no a la predisposición para hacer el mal o lo incorrecto. Es por ello que el juzgar, además, de atender a la ciencia del proceso penal debe entenderse, también, como un arte; porque sólo bajo esta concepción se puede entender que para juzgar bien se debe atender a la bondad y a la verdad de los hechos, sin vicio ni error. A la luz de lo señalado, deviene que hablar de las reglas de la “sana crítica” para valorar o apreciar la prueba en el proceso de enjuiciamiento, en este caso, es aplicación de la norma legal al caso concreto derivada de razonamiento lógico, equitativo y de la experiencia como juicios de valor generales y relativos sobre la verdad, esto es de principios, reglas y valores como elementos integrantes de la función de juzgar. A manera de corolario, en esta parte, y remitiéndonos a la jurisprudencia colombiana, podemos dejar señalado, respecto de la sana crítica que: Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento^{13 14}. Al remitirnos al caso *sub iudice*, y como fuera ya expuesto en el punto anterior, del primer argumento del recurso que nos ocupa, este Tribunal de Casación encuentra que el *ad quem* ha errado, en cuanto a haber violentado la norma legal del arts. 86 referente a la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que

debe ser corregida a través de la casación. **4.3.3 Argumento de violación de la ley, por el art. 76.7,l) en lo referente a la motivación.** En lo que respecta a este argumento, el casacionista señala que existe ausencia de motivación porque, como se examinó en el punto 4.3.1, la norma que comporta el delito de estafa está conformada por un presupuesto de hecho, respecto de lo cual manifiesta que el *ad quem* ha errado; que -como fuera ya analizado en los puntos ut supra- pese a que la sentencia impugnada recoge los aportes probatorios, más sin embargo, al momento de tratar sobre la parte subjetiva del tipo penal, se ha pesado más, sin motivar por qué, el testimonio de la procesada quien para deslindar su responsabilidad centra su tesis en que desconocía la actividad que realizaba su esposo; el casacionista indica que se hace esto pese a que existieron otros aportes probatorios. Para este argumento, él recurrente señala que no existió motivación, que el tema de las reglas de la sana crítica es en función de la apreciación de todo el acervo probatorio, y no se hace saber, motivadamente, por qué no se tomaron en cuenta ciertas pruebas, trascendentales en la configuración del tipo penal. Para examinar este, tercer y último argumento del recurrente, el cual se centra en el tema de la motivación, cabe indicar que a la luz de lo que señala la Constitución de la República, en el artículo 76.7, l) las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; y se señala que no hay motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda y si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; garantía constitucional, parte del debido proceso, y de los derechos de protección que está recogida en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Bajo este marco, cabe indicar: que motivar es argumentar, explicar o exponer las razones que fundamentan la resolución judicial; que la motivación es una garantía constitucional que asiste a todo sujeto procesal, que apunta a evitar errores conceptuales de estructura o de garantía; que con ella se evita la arbitrariedad, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica y el actuar no razonado de los administradores de justicia; que las finalidades que cumple la motivación de las sentencias, como señala el jurista Orlando Rodríguez, remitiéndose a Joan Pico I Junoy en su obra “Garantías Constitucionales del Proceso” (Casa Editorial Bosch. España. 1997), son: **a)** permitir, a la sociedad, controlar la actividad judicial y cumplir así con el principio de publicidad; **b)** ser una garantía intraprocesal de los derechos y libertades fundamentales de las partes; **c)** lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial; y, **d)** garantizar a las partes procesales la posibilidad

¹² Con razón enseñaba BUNGE (El Derecho. Ob. Cit., pp. 331 y 332) que el Derecho se ha hecho lógico y finalista por la sencilla razón de que el hombre es un ser pensante y un ser que lucha por ciertos objetivos. Al desarrollar su conciencia y su voluntad, el hombre tiende a explicar los motivos de sus actos y a prever las consecuencias. El Derecho es lógico porque el hombre lo es, decía Bunge, y adopta en cada medio ambiente o en cada mente una finalidad, porque el hombre lucha por ciertos fines. Así, entonces, la ética estudia la conducta, lo que también importa al Derecho por cuanto en él se desenvuelven intereses humanos lo que exige un esfuerzo especial de la inteligencia y que va más allá de la calificación de los intereses lo cual ya incumbe a la moral.

¹³ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

¹⁴ Sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, Salvamento Parcial de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz.

de control de la resolución judicial¹⁵. Cabe mencionar que no se puede tomar como circunstancias iguales o similares a la falta de motivación y a la motivación errada; para ello hay que diferenciar los dos conceptos de la siguiente manera: **a)** La falta de motivación se da porque de plano esta es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador; en estos casos es aplicable el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, para anular el fallo impugnado y volver a dictar otro que cumpla con la garantía de motivación otorgada a las partes procesales, ya que precisamente la norma constitucional determina a los fundamentos de hecho y de derecho como elementos indispensables de esta institución jurídica; **b)** Cuando la motivación está presente en el fallo, porque el juzgador ha expresado los resultados de la valoración probatoria y ha aplicado sobre ellos el derecho que ha creído pertinente, la norma constitucional deja de tener aplicación con la finalidad de anular el fallo, aunque estos sean errados, pues no prevé la posibilidad de efectuar esta actividad, en una sentencia en que los argumentos del juzgador estén alejados de la realidad fáctica que han demostrado las pruebas, o del sentido y alcance que ha sido determinado por el legislador, para las normas jurídicas que ha aplicado el órgano jurisdiccional al resolver el caso; en estos supuestos lo que se configuran son errores de hecho y de derecho, que si bien recaen sobre la motivación, no la vuelven inexistente, sino errónea, falencias que pueden ser resueltas mediante el recurso de apelación (para los errores de hecho), o el de casación (para los errores de derecho). Acorde a lo que queda examinado en los puntos (argumentos) anteriores, este Tribunal, encuentra que el *ad quem* yerra en la motivación de la sentencia impugnada, pues, si bien existe una, la misma resulta ser de tipo aparente o sofista, lo cual

permite que se corrija a través de este recurso; por lo que, no cabría resolverlo por medio de la nulidad que trata el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República. **4.3.4 Acerca de la sentencia condenatoria y la indemnización de daños y perjuicios.** Toda vez que, luego del examen de casación que queda realizado, deviene que el recurso de casación interpuesto es procedente, resultando por tal el que se case la sentencia impugnada y en su defecto se emita sentencia condenatoria; cabe reparar que el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, establece los requisitos que debe contener la sentencia; y, entre ellos consta textualmente el numeral quinto que señala: “*La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido...*”; de allí que, los daños y perjuicios, como indemnización entendida ésta como un mecanismo componente de la “reparación integral”¹⁶ que manda el artículo 78 de la Constitución de la República; que los “mecanismos” establecidos en la norma constitucional para alcanzar la reparación integral son: el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, entre las cuales está la indemnización, la rehabilitación, la garantía de la no repetición y la satisfacción del derecho violado; que con relación a la “indemnización”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala: “...corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral.”¹⁷; que esta medida, como parte también de la reparación integral, se da en virtud de la imposibilidad de regresar a la víctima del delito a una situación anterior a su cometimiento, así como por todos los males que se la haya causado, derivados de la perpetración del ilícito; esta medida, puede ser ya complementaria o supletoria de la restitución. De allí, que precisamente, esta

¹⁵ Rodríguez, Orlando. Casación y Revisión Penal. Evolución y garantismo. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2008. Pág. 313,314.

¹⁶ Ver artículo “*La Reparación Integral en el Proceso Penal y en la Constitución de la República del Ecuador*”, Revista Ensayos Penales. Edición No. 1, febrero 2013. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, pp. 20-32. El tema de la reparación integral, es un concepto que deviene directamente del sistema universal de Derechos Humanos y ha sido acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde tal reparación integral deviene, primordialmente, como medida de saneamiento a la responsabilidad estatal por violaciones a derechos humanos, y se puede cumplir a cabalidad, con la utilización de todo el andamiaje estatal y no solo con los órganos de administración de justicia. La reparación integral “... supone determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en su derechos fundamentales, cómo puede el derecho reestablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo (...) teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Voto Conjunto de los jueces A. Cancado Trindade y A. Abreu B. Caso Loayza Tamayo – reparaciones. Párr. 17). En nuestro país, con la adopción del Estado constitucional de derechos y justicia, a partir de la Constitución del 2008, se recoge a la reparación integral, dentro del Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos de Protección, art. 78, que señala: “Art. 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.*”. Es en esta norma constitucional, misma que debe ser analizada para una cabal comprensión en el marco de los Derechos Humanos y del Derecho Penal, en la cual encontramos, haciendo una ligera disección de la misma, que la reparación integral, a más de ser un derecho, dentro de los derechos de protección que tienen las víctimas de infracciones, ha sido establecida como un mandato por el cual se señala que se adoptarán mecanismos para tal reparación integral, que de manera explícita se señala que incluirá dos componentes generales, a saber: i) el conocimiento de la verdad de los hechos; y, ii) la restitución, dentro de la cual a su vez está, la indemnización, la rehabilitación, la garantía de la no repetición y la satisfacción del derecho violado. En la sentencia No. 004-13-SAN-CC expedida dentro del caso No. 0015-10-AN, la Corte Constitucional del Ecuador, ha entregado algunos criterios sobre la reparación económica como parte de la reparación integral; y, ha señalado: “... la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos, así por ejemplo, la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales (artículo 78);...” (Ver sentencia No. 004-13-SAN-CC, Caso No. 0015-10-AN, acción por incumplimiento planteada por Claudio Masabanda Espín vs Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de junio de 2013, publicada en el R. O. No. 003 de 21 de junio de 2013, p. 21.).

¹⁷ Ver Sentencia de 22 de enero de 1999, Caso Blake vs. Guatemala, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr.42.

medida, como componente de la reparación integral, la cual para el caso *sub iudice*, por disposición expresa del art. 309.5 debe constar, al ser un requisito de la sentencia; es por ello, que sobre la base de lo indicado, deviene que, las juezas y jueces debemos plasmar en nuestras sentencias el mandato constitucional, de cumplir con las medidas de reparación integral a la víctima del delito; y en el caso específico traído a sede casacional, va directamente con la obligación impuesta a los jueces en el artículo referido, en donde como requisito de la sentencia debe constar la condena y el monto a pagar, por concepto de daños y perjuicios. Para ello, cabe considerar, que en el mecanismo de la indemnización de daños y perjuicios, entran en juego aspectos como el daño emergente y el lucro cesante; la CIDH en torno a las causas de las indemnizaciones ha seguido los criterios generales determinados por el derecho civil; así, en lo que respecta al “daño emergente”, Claudio Nash Rojas ha señalado que: “...es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que, en forma razonable y demostrable, hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito, o bien, anular sus efectos...”¹⁸. En cuanto al “lucro cesante”, se debe entender por este la merma en los ingresos de la víctima, devenido de su imposibilidad para producirlos; el lucro cesante se lo deberá calcular en virtud a elementos objetivos, tales como la declaración del impuesto a la renta o la remuneración de la víctima, entre otros¹⁹. Abs trayéndonos al caso concreto que nos ocupa, considerando por un lado que el bien jurídico protegido es la propiedad, el patrimonio, de la víctima estafada; para el caso en ciernes, para valorar tal daño, se lo hará sobre la base de la misma ventaja pecuniaria ilícita que se pretendía conseguir con el hecho antijurídico, esto es la suma de US \$ 15.000,00, sobre todo al considerar que tal valoración resulta ser proporcional, y sobre todo, para que tal medida de reparación se realizable. **6. RESOLUCIÓN.** A la luz del análisis jurídico que queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, al amparo del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito del Azuay, de 6 de agosto de 2012, a las 08h01; en su lugar declara la culpabilidad de la ciudadana Rosa Narcisca Mogrovejo

Narváz, portadora de la cédula de ciudadanía No. xx, en calidad de autora del delito de estafa tipificado y sancionado en el artículo 563 inciso tercero del Código Penal, y se le condena a una pena modificada de un año de prisión correccional y al pago de US \$ 15.000,00 por los daños y perjuicios causados por la infracción; en consecuencia devuélvase el proceso al Tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y cúmplase.**

f.) Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Zulema Pachacama Nieto, Dra. Aída Palacios Coronel. Jueza y Conjuezas Nacional.

XVIII

Juicio nro. 1094-2013

Juicio por usurpación agravada Juana Úrsula Álvarez Sarco viuda de Fernández demandados José Urbano Morán Espinoza y Miguel Ángel Merino Castillo.

SÍNTESIS:

El tribunal de revisión de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, declara procedente el recurso planteado, se revisa la sentencia, se ratifica estado de inocencia del recurrente José Urbano Morán Espinoza. Declara a lugar la reparación por error judicial. Hace extensivo el efecto de esta sentencia al procesado condenado que no ha recurrido, esto en aplicación del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO SEXTO DE LO PENAL DEL GUAYAS. Daule, 29 de enero del 2007, a las 15h00.

VISTOS: La Sra. Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández comparece a mi despacho para demandar a José Urbano Morán Espinoza y Miguel Ángel Merino Castillo en uso de la facultad que le confiere el art. 871 del Código de Procedimiento Penal. En su escrito de acusación privada señala la querellante Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández que: “José Urbano Morán Espinoza sin causa justa, sin mi autorización, se me informó que el día viernes 2 de

¹⁸ NASH ROJAS, Claudio. “La Reparación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Andros Impresiones. Santiago de Chile. Chile. 2009. p. 43

¹⁹ La CIDH en varias de sus sentencias ha determinado varios criterios para realizar tal cálculo; así en la sentencia de 29 de julio de 1998, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Indemnización compensatoria ha señalado: “...de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural (...) fallecimiento que debe ser considerado atendiendo a las expectativas de vida en el país del cual era natural la víctima...”; en la sentencia de 3 de noviembre de 1997, caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones ha señalado: “...debe estarse a las expectativas de vida laboral en el país respectivo y a los ingresos posibles de la víctima...”. Claudio Nash Rojas ha señalado: [se] “...debe evaluar todos estos elementos al momento de determinar el monto de la indemnización [para] que esta causa no sea una causa de enriquecimiento ilícito para las víctimas...”

junio del 2006 a las 16h00, procedió a levantar unos pequeños pilares de 60 cm. y puso una cadena gruesa con candado dentro de mi propiedad, ubicada en la Granja “Mercedes María” de la parroquia Piedrahita, recinto Petrillo, cantón Nobol, lo que no permite el acceso de los vehículos de mi familia. Estorbando la posesión de mi terreno y manteniendo esta acción delictiva hasta la presente fecha. Además, José Urbano Morán Espinoza ha destruido árboles y plantas de mi propiedad sin mi autorización. Subarriendo parte del terreno de la Granja “Mercedes María” usufructuando valores que no le corresponden recibir. Todo esto constituye la intención dolosa y maliciosa del acusado de querer perjudicarme en mi derecho de legítima propiedad del bien inmueble denominado “Granja Mercedes María” ubicada en el recinto Petrillo, parroquia Vicente Piedrahita del cantón Nobol. Que el Sr. Miguel Ángel Merino Castillo, sin justa causa, ni razón ha alterado los linderos manteniendo en su poder una parte del terreno de mi propiedad aproximadamente 282 metros cuadrados de la Granja “Mercedes María”, que esto ha ocurrido el día 26 de mayo del 2006 a eso de las 09h00. Con los antecedentes expuestos y en razón de que los hechos relatados constituyen infracción punible tipificada en el art. 580 del Código Penal y que solo puede ser juzgada en atención al art. 36 literal e) del Código de Procedimiento Penal, vengo ante su Autoridad y presento esta querrela contra los señores José Urbano Morán y Miguel Ángel Merino Castillo, los acuso de haber cometido el delito de usurpación y que los acusados respondan penal y civilmente. Que los querrelados José Urbano Morán Espinoza y Miguel Ángel Merino Castillo, han sido legalmente citados con la acusación privada deducida por la querellante Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández. Estudiados los autos y encontrándose la causa para dictar sentencia, para expedirla, se considera: **PRIMERO:** El Infrascrito juzgador es competente para conocer y resolver la presente causa conforme a lo que dispone el numeral 5) del art. 25 del Código (sic) al pliego de preguntas de la querellante han manifestado que es verdad que la preguntante constantemente va a la Granja “Mercedes María” como propietaria que también es verdad y les consta que el querrellado José Urbano Morán sin autorización de la acusados, el viernes 2 de junio del 2006 a las 16h00, procedió a levantar unos pilares de 60 cm y puso una cadena gruesa con candados en esa propiedad y el mismo querrellado sin consentimiento de la querellante a subarrendado a otras personas parte de esa propiedad. También contestaron afirmativamente dichos testigos que es verdad que sin consentimiento de la acusadora y de manera oculta el acusado José Urbano Morán y Sergio Albertino Alvarado, mediante engaño vendieron derechos de posesión de una parte de propiedad de la querellante, Oscar Enríquez Gómez y este vendió al querrellado Miguel Merino Castillo quien sin el consentimiento de la querellante el 26 de mayo del 2006 a las 09h00 levantó una cerca de alambres, desde el camino a orillas del Río Daule, en parte de la propiedad de la acusadora. Dentro de la prueba documental presentada por la acusadora Juana Úrsula Álva-

rez Sarco Vda. de Fernández consta el Informe del perito del Ministerio Público que actuó dentro de la indagación previa nro. 580-06 que tramitaba el Fiscal Fernando Yávar Núñez, informe que manifiesta que se realizó la verificación de la Granja “Mercedes María” ubicada al margen del Río Daule, en los terrenos que colinda por el norte con terrenos de herederos de Manuel Ronquillo y de Josefa Molina de Ronquillo, por el sur con los terrenos del Dr. Ángel F. Rojas, por el este con el Río Daule, por el este con el Callejón Caicedo, indicando el mencionado perito que se constató que el predio está limitado por medio de hitos que se encuentran ubicados en todo el perímetro del predio, que hacia el costado oeste se encuentra una casa de campo habitada por Inocente Rosales Romero y su familia, quien dijo que es el encargado de cuidar la granja y que habita desde niño. Que pudo constatar que dentro de los terrenos de la Granja a un costado del camino lastrado, hay dos pilares de hormigón armado de 80 cm. de altura con una cadena metálica que no permite el ingreso de vehículos al extremo oeste del predio, que a 100 metros de estos pilares hacia el norte, el predio colinda con un cerramiento de madera con caña guadúa y alambres de púas y que según la denunciante se ocupa partes de su terreno en la Granja “Mercedes María” parte que según el perito corresponda a 582 metros cuadrados, deduciendo dicho perito que esta parte ha sido invadida. Por esta Judicatura se practicó el reconocimiento del lugar con fecha 22 de septiembre del 2006; donde se dice se ha cometido el delito, constando en el acta que a su costado del camino a mano derecha se encuentra dos columnas de cemento de 60 cm. de alto y unas argollas, que se dice colocado por Urbano Morán (querrellado) y un cercado de alambres de púas, que se dice construido por el Sr. Miguel Ángel Merino (querrellado), (sic)... Lozano Alvarado y Víctor Juan Loor Franco, quienes responden afirmativamente al pliego de preguntas presentado por dicho querrellado, diciendo que es verdad que el preguntante mediante compraventa a Oscar Oswaldo Enríquez Gómez adquirió un lote de terreno ubicado en el recinto Petrillo del cantón Nobol, y, que el 26 de agosto del 2005 conjuntamente con el vendedor y el colindante José Urbano Morán Espinoza (querrellado) procedieron a establecer los linderos del predio adquirido por cuanto esas personas eran las que conocían los límites de la propiedad en referencia; y que las cercas de ese predio se comenzaron a colocar a partir del 29 de agosto del 2005; y, que inmediatamente Merino Castillo construyó una casa y una piscina. Por su parte el querrellado José Urbano Morán Espinoza presentó como testigos a Liliana Marisol Herrera Balois y Julia Victoria Balois Paye, quienes responden afirmativamente al interrogatorio presentado por éste, indicando que es verdad que José Urbano Morán Espinoza reside más de 47 años en el recinto Petrillo en un lote de terreno de 11 hectáreas, en el que ha realizado labores de nivelación, drenaje y varios sembríos, afirman además que esa posesión pertenece a la comuna de Petrillo ubicada en el recinto Petrillo, cantón Nobol. Dentro de la prueba documental presentada por José Morán Espinoza

consta la inspección judicial que solicitó al Juez Décimo Quinto de lo Civil de Daule al día 31 de enero de 1991, en la que solicita al Juez aprecie el estado, uso y tenencia de la tierra en el predio del cual es propietario denominado "Voluntad de Dios" ubicado en la comuna Petrillo de la parroquia Vicente Piedrahita (Nobol) cantón Daule, predio que tiene como linderos por el norte Dr. Felicísimo Rojas por el Sur Pablo Ronquillo, por el este Río Daule y por el oeste Ing. Jacinto Vera. En el acta de inspección judicial, se indica que dicho predio no está cercado sino linderado. Además, ha presentado como prueba documental certificación del Ministerio de Agricultura y Ganadería de fecha 14 de marzo del 2005 en la que se indica que José Urbano Morán Espinoza es posesionario de un lote de terrero de 11 hectáreas que se encuentra en el Sector San Luis perteneciente a la comuna Petrillo del cantón Nobol según certificado de posesión emitido por miembros de esa comuna. En el informe técnico del Ministerio de Agricultura y Ganadería, los linderos de dicho predio son: al norte Pablo Ronquillo y Sr. Merino, por el sur José Coronel, al este Río Daule, y al oeste María Romero(-sic). **CUARTO:** Examinada que ha sido la prueba presentada por las partes, la que debe ser valorada y apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, para llegar a un discernimiento decisorio, tomando como elementos necesarios de convicción los hechos probados dentro del proceso, el infrascrito Juzgador, aprecia que tanto por los actos de reconocimiento de la Granja "Mercedes María", efectuados por esta Judicatura como por el informe del perito del Ministerio Público que intervino en la indagación previa que realizara el Fiscal Fernando (sic).

f. Ab. Alfredo Ruiz Ronquillo. Juez.

RECURSO DE REVISIÓN

Juez Ponente: Doctor Arturo Pérez Castillo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 1 de diciembre de 2010, las 09h00.

VISTOS: Con fecha 14 de mayo del 2007 a las 16h40, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, declara a José Urbano Morán Espinoza, autor responsable del delito de usurpación previsto y reprimido en el art. 580, numeral 1 del Código Penal, y se impone la pena de dos años de prisión correccional, fallo del cual el querellado interpone recurso de revisión atento a lo dispuesto en los artículos 360, numeral 6, del Código de Procedimiento Penal, los hechos que han originado esta causa penal se refiere la querellante Juana Úrsula Álvarez Sarco viuda de Fernández afirma que José Urbano Morán Espinoza sin causa justa, sin mi autorización se me informó que el día viernes 2 de julio del 2006, a las 16h00 procedió a levantar unos pequeños pilares de 60cm y puso una cadena gruesa con candado dentro de mi propiedad, ubicada en la Granja "Mercedes María" de la parroquia Piedrahita, recinto Petrillo, cantón Nobol, lo que no permite el acceso de los vehículos de mi familia, es-

torbando la posesión de mi terreno hasta la presente fecha, que el sentenciado ha destruido árboles y plantaciones y subarriendo parte del terreno. Que Miguel Ángel Merino Castillo, sin justa causa, ni razón ha alterado los linderos manteniendo en su poder una parte del terreno de su propiedad aproximadamente 282 metros cuadrados de la Granja "Mercedes María", que esto ha ocurrido el día 26 de mayo del 2006 a eso de las 9h00, una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso, y siendo el momento procesal de resolver, la Sala considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. nro. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional, publicada en el R.O. nro. 479, de 2 de diciembre de 2008; la resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. nro. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, así como la providencia dictada con fecha 6 de julio del 2010 a las 9h30, en nuestras calidades de Conjuces Ocasionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN:** En la audiencia oral pública y contradictoria, celebrada el día nueve de agosto del dos mil diez, a las nueve horas, José Urbano Morán Espinoza por intermedio de su abogado defensor doctor, Franklin Ruales Vintimilla al fundamentar el recurso de revisión interpuesto dice: Que la exposición que llevará a efecto se basará en prueba testimonial y documental y demás en la prueba actuada por la actora de la demanda por ser necesario establecer parámetros en ella, en la prueba testimonial del recurrente, compareció en primer lugar: Víctor Benedicto Torres Campuzano, con C.I. xx de 73 años de edad, de profesión agricultor, domiciliado en el recinto Petrillo y de estado civil casado. El abogado de la defensa solicita que por Secretaría se haga conocer al testigo la denuncia formulada en contra de su defendido, dando lectura a continuación el señor Secretario, de la querrela formulada por la señora Juana Álvarez Vda. de Fernández. Acto seguido, el abogado defensor pregunta: cuántos años tiene viviendo en el recinto Petrillo. Responde el testigo: desde que tengo memoria. Pregunta: diga usted cuántos años conoce al señor José Urbano Morán. Responde el testigo: desde que tengo conocimiento. Pregunta: diga usted, señor Torres si sabe y conoce que las tierras en posesión del señor Urbano eran de propiedad de la comunidad de Petrillo y por qué razón. Responde el testigo:

tiene su título de la propiedad de la comuna. Pregunta: quién les otorgó el título de propiedad. El testigo responde: el Ministerio de Agricultura y Ganadería doctor Laniado. Pregunta: recuerda el año en que fueron dados los terrenos en propiedad a la comuna. El testigo dice: desde el 20 de junio de 1990. Pregunta: conoce a la señora Juana Úrsula Álvarez. Responde el testigo: no la he conocido jamás en Petrillo. Pregunta: en el año en que recibieron las tierras por parte del Ministerio de Agricultura usted qué calidad tenía en la comuna de Petrillo. Dice el testigo: era Vicepresidente. Pregunta: indique si considera un sujeto peligroso al señor José Urbano Morán Espinoza. Dice el testigo: nunca se ha conocido como peligroso. Pregunta: conoce que haya tenido problemas con la justicia o policía. Responde el testigo: jamás he sabido que haya tenido problemas. Pregunta: cuántas hectáreas son las que corresponde a la comuna de Petrillo. El testigo dice: 17760 hectáreas. Pregunta: diga desde qué fecha el señor Urbano estuvo en posesión de esos terrenos de propiedad de la comuna. El testigo responde: lo conozco unos 50 años. El señor juez ocasional, doctor Jaime Pazmiño, pregunta: indique desde cuándo la señora Álvarez es socia de la comuna. Responde el testigo: nunca ha sido. Pregunta: El señor Morán cuántas hectáreas tiene. Dice el testigo: unas 14 hectáreas le dio la comuna. Pregunta: tienen título de propiedad. El testigo dice: tenemos título de propiedad a nombre de todos los comuneros. Pregunta: indique si el señor Morán tiene cultivos. Responde el testigo: sí, tiene terrenos mecanizados, mangos injertos, una casa. Pregunta: cuántos socios tiene la comunidad. Dice el testigo: cómo 800 socios. Pregunta: no tienen título. El testigo responde: no, solo posesión. Pregunta: la señora Álvarez tiene propiedades. Responde el testigo: no conozco que haya tenido. Así mismo, el doctor Arturo Pérez, pregunta: a la señora Álvarez se la ha visto por ahí. Responde el testigo: nunca se la ha visto. Pregunta: ha sido parte de la comuna de Petrillo. El testigo dice: no, ella vivía solo en Guayaquil. Pregunta: conoce si tiene algún tipo de posesión o escritura. Responde el testigo: desconozco. El doctor Geovanny Esquivel, Presidente, pregunta: se dice que se edificaron unas puertas que impiden el paso. Responde el testigo: no hay puertas porque esa calle tiene como tres años, la única que puede hacer puertas es la comuna pero nunca lo ha hecho. Acto seguido pasa a rendir su testimonio la señora Grace Giomar Paye Alvarado con C.I. xx de 43 años de edad, de profesión médica cirujana, domiciliada en la comuna Petrillo y de estado civil casada, a quien el abogado de la defensa pregunta: diga qué dignidad usted tiene y desde cuándo en la comuna. Responde la testigo: soy presidenta elegida por la Asamblea desde 1999 hasta la actualidad. Pregunta: indique si conoce y sabe que el señor José Urbano Morán es posesionario de 11 hectáreas de tierra de propiedad de la comuna y desde cuándo. Responde la testigo: sí, lo conozco, tiene un certificado de posesión desde hace muchos años y es dueño de ese predio de once hectáreas. Pregunta: indique cuál es la extensión de tierra de propiedad de la comuna y por quién fue entregada la propiedad.

La testigo dice: tiene 17723 hectáreas, el Ministerio de Agricultura hizo el reconocimiento y la posesión, les entregó Mahuad. Pregunta: cuándo el Ministerio de Agricultura le otorgó la titularidad de propiedad a la comuna. Dice la testigo: la titularidad fue el 90 con su registro 0381 y nos ratificaron en escrituras catastradas y registradas al cantón Daule y una parte al cantón Guayaquil. Pregunta: Indique si usted conoce en el sector de lo que es el cantón Nobol el sitio determinado con el nombre de El Piñar. Responde la testigo: no cuenta en nuestra situación geográfica. Pregunta: desde cuándo comenzaron los problemas contra el señor Morán. Responde la testigo: en el 2006 porque los señores de la otra parte fueron a mi consultorio porque pensaron que yo era abogada, y ya tenían amenazado al señor Urbano y por eso el pidió el respaldo de la comuna. Pregunta: indique si usted denunció sobre estos hechos al Ministerio de Agricultura. La testigo dice: siempre lo hice desde que como comunero se vio afectado, como Presidenta de la comuna, y en la asamblea se le otorgó el respaldo. Pregunta: diga cómo y desde cuando conoce a la señora Juana Úrsula Álvarez. La testigo manifiesta: La primera vez conocí al abogado Fernández y a la señora después del 2006 por estas denuncias que le hicieron al comunero, pero nunca ha estado en posesión esta familia, el dueño es el señor Urbano. Acto seguido el doctor Jaime Pazmiño, pregunta a la testigo: desde cuándo es Presidenta. La testigo dice: en el 99 me eligieron, me entregaron el nombramiento en el 2000 hasta la actualidad. Pregunta: cuántos años de vida jurídica tiene la comunidad. Responde la testigo: fue fundada en 1935. Pregunta: las hectáreas que se mencionan tienen registro de propiedad. Dice la testigo: sí tanto en Nobol como en Guayaquil. Pregunta: Conoce a la señora Juana Álvarez. La testigo dice: no la había conocido como posesionaria. Pregunta: la señora dice que ha hecho edificaciones. Responde la testigo: no he sabido. Pregunta: qué cultivos tenía el señor Urbano. Responde la testigo: arroz, mango, guayaba. Pregunta: trabajaba el señor Urbano con el Banco de Fomento. Responde la testigo: sí también el doctor Arturo Pérez, pregunta: conoce a la señora Álvarez. La testigo dice: sí, desde el 2006. Pregunta: antes del 2006 tenía algún cultivo. La testigo dice: nunca. Pregunta: tenía alguna escritura de propiedad. Dice la testigo: aparecieron documentos después de 2006. El doctor Jaime Pazmiño le enseña fotos a la testigo quien reconoce a la señora Álvarez señalando que se encuentra en dichas tierras después del desalojo que sufriera el señor Urbano. Pregunta: ya rindió su testimonio antes. La testigo dice: no, porque cuando me llamó el juez no me dejaron declarar. El doctor Geovanny Esquivel, pregunta entonces: usted dijo que en el 2006 hubo un problema con el señor Urbano. Responde la testigo: antes no había agua y luz en la comuna, y es tiempo después que esta familia comenzó a acusarlo por este delito de usurpación, tiene su certificado de posesión y en cada año ha ratificado esta posesión. Concluida la intervención de la testigo a continuación pasa a rendir su testimonio el señor David Laines Alvarado, de 45 años de edad, de ocupación jornalero, domiciliado en la comuna de

Petrillo, de estado civil casado a quien el abogado de la defensa le pregunta: diga desde cuándo usted habita en la comuna Petrillo. Responde el testigo: desde pequeño, toda mi vida. Pregunta: indique desde cuándo conoce al señor Morán. El testigo dice: lo conozco desde que era una criatura, un niño. Pregunta: indique si usted conoce en lo que es el cantón Nobol el sitio denominado el Piñal. Dice el testigo: no existe en Petrillo. Pregunta: Indique si conoce y desde cuándo a la señora Juana Úrsula Álvarez. Responde el testigo: nunca han sido de Petrillo, aparecieron desde hace dos o tres años. Pregunta: indique si usted ha sabido o conocido que el señor Urbano ha tenido algún tipo de problema judicial anterior a este o con la policía. Responde el testigo: nunca. Pregunta: indique si conoce y desde cuándo a la señora Juana Álvarez. El testigo señala: recién acaba de llegar desde hace uno o dos años, no ha vivido en Petrillo. Pregunta: indique si sabe en qué actividades desarrollaba el señor Urbano en la propiedad. Responde el testigo: sembraba arroz, mango, naranja, guayaba, verde. Pregunta: indique si usted es miembro de la directiva de la comuna de Petrillo. El testigo dice: soy vicepresidente de la comuna desde hace dos años. Pregunta: desde qué año el Ministerio de Agricultura cedió la propiedad de esas tierras a nombre de la comuna. Responde el testigo: yo ni nacía cuando se le dio la propiedad a don Urbano. El doctor Jaime Pazmiño, Conjuez, pregunta: usted es propietario de cuántas hectáreas. El testigo señala: tres hectáreas. Pregunta: el señor Urbano de cuántas hectáreas era posesionario. Responde el testigo: De once a doce. Pregunta: es posesionario ahora. Dice el testigo: últimamente es que fue desalojado, pero él es el propietario y ha trabajado esas tierras. El doctor Geovanni Esquivel, pregunta: qué distancia tiene su propiedad de la del señor Urbano. Responde el testigo: unos 15 kilómetros. Pregunta: conocía que se hicieron unas construcciones en la propiedad del señor Urbano. El testigo dice: Don Urbano tenía su casita pero ellos la tumbaron e hicieron unos chalecitos en donde están viviendo. Posteriormente el doctor Ruales pasa a exponer la prueba documental que va a adjuntar como prueba a su favor: las cartas de planos elaboradas por las instituciones y entidades gubernamentales y de la armada nacional en la que se habla del testamento de El Piñal que no están dentro de la comuna de Petrillo; informe de linderación debidamente protocolizado hecho por parte del Ministerio de Agricultura donde están los linderos y dimensiones en donde ha estado en posesión el señor Morán y la resolución por la cual el Ministerio de Agricultura de las tierras a la comuna de Petrillo. (Resalta que el Ministerio de Agricultura citó por la prensa a los herederos o presuntos que crean tener derecho a esas tierras y que hubieron muchas personas que se presentaron con documentos a justificar la propiedad, mientras que la señora Álvarez nunca lo hizo); certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Daule en el que consta la posesión otorgada al señor Urbano; informe del Ministerio de Agricultura en donde se confiere la posesión a la comuna de Petrillo de fecha 1990; solicitud de servicio de instalación de un medidor de fecha 21 de marzo de 2002 que

prueba su posesión; inspección judicial efectuada en 1991 realizada por el Juez Décimo Quinto de lo Civil del cantón Daule; certificado de posesión de informe técnico del Ministerio de Agricultura y Ganadería de quien está en posesión de las tierras y que tiene fecha 11 de marzo de 2005; documento dirigido por la comuna de Petrillo haciendo conocer de los problemas que se están presentando entre ellos los del señor Morán; nómina del Ministerio de Agricultura de la Directiva de la comuna de Petrillo; fotografías del señor Morán, su esposa e hijos con lo que pretende demostrar que vivieron desde hace muchos años en Petrillo; partidas de nacimiento del juez y perito que realizaron la experticia del lugar. Finalmente, solicita la defensa declarar la inocencia de su defendido el cual fue despojado de sus tierras a quien se le imputó como delito el hecho de salvaguardar su posesión. **CUARTO: APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN:** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico, frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. En virtud de la cosa juzgada, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez a-quo. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su Derecho Procesal Penal, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Por su lado, el profesor Jorge Vásquez Rossi, enseña: “Es un recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiene a pallear injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal” (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Curzoni Editores, Tomo 11, 2004, página 499). Esta característica excepcional puede contraerse a dos situaciones: a) En primer lugar y conforme a las distintas legislaciones, la revisión se produce cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, b) Cuando no se han observado algunos presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o la condición más favorable o benigna de la norma penal, así como las circunstancias eximentes o excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena. La jurisprudencia tradicional ha sostenido que no es posible la

modificación de la pena mediante este recurso extraordinario, sino únicamente la absolución, lo cual no es correcto, pues el art. 416 del Código de Procedimiento Penal prevé expresamente la reforma de la sentencia recurrida, reforma que implica modificar la misma aplicando los principios antes invocados (admisión de circunstancias eximentes, excluyentes y atenuantes de la conducta, y proporcionalidad de la pena). La norma procesal señalada como no puede ser de otra manera guarda estrecha relación con el artículo 11, numerales dos, cuatro, cinco y nueve de la Constitución de la República. Al respecto, el ilustre profesor argentino, Lino Enrique Palacio, sostiene que: “el denominado recurso de revisión puede definirse como el remedio procesal que, dirigido contra las sentencias condenatorias, pasadas en autoridad de cosa juzgada tiende, en un aspecto, a demostrar, mediante la alegación de circunstancias ajenas al proceso fenecido por ser sobrevinientes o desconocidas al tiempo de dictarse la sentencia final, que el hecho no existió o no fue cometido por el condenado o encuadra en una norma más favorable y, en otro aspecto, a lograr la aplicación retroactiva de una ley más benigna que la aplicada en el fallo. Funciona, pues, por una parte para invalidar, frente a la concurrencia de motivos de excepción, la sentencia que condenó a un inocente, o para obtener la morigeración de la pena aplicada al culpable...” (Los Recursos en el Proceso Penal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición actualizada, 2001, pp. 209-210). Nuestra legislación, como característica exclusiva, ha previsto además de los presupuestos universales, una revisión *in iure*, al establecer en la regla 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como una causa más para la procedencia de este recurso, el “no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción”; esto implica que para la imposición de una pena, se ha de establecer formalmente la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del delito, para lo cual, es preciso tener presente que delito en una acepción moderna, implica un comportamiento humano dirigido hacia la consecución de un fin o contrario al deber objetivo de cuidado, realizado con el conocimiento de los factores de riesgo y con un resultado dañoso. En el primer caso, cuando la voluntad del agente está dirigida hacia un fin específico, su proceder es doloso. “El dolo, en su relación con el delito, es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales; por lo tanto, la comisión dolosa de un delito supone la efectuar voluntaria de los caracteres constitutivos de ese delito...” (Adolf Merkel, Derecho Penal- Parte General, Buenos Aires, Editorial B de F, traducción de Pedro Dorado Montero, reimpresión 2006, p. 82). En el segundo caso, la infracción del deber de cuidado, supone una acción u omisión que se proyecta en el resultado, vinculando la conducta a la voluntad. Entre el delito doloso y el delito imprudente conocido como culposo, existe un paralelismo y una diferencia trascendental; en el primer caso, existe este paralelismo porque en las dos clases de delito debe mediar la voluntad, la que se diferencia por el grado de conciencia y comprensión de la

conducta; y en el segundo caso, porque además de querer o poder proceder de otra manera, busca un resultado u objetivo específico, esto es, aquella dirección de la voluntad tendiente a incursionar en una norma prohibitiva. Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales. En cuanto a los efectos, una vez sustanciado el recurso si se lo declara procedente, se revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado la condena. Esta excepcional institución pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, mediante la reparación del error judicial. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA. UNO:** El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. La Constitución vigente, nos obliga a una nueva lectura del derecho, y de manera especial del derecho penal, ámbito en el cual los derechos fundamentales se encuentran especialmente en peligro por lo que se torna necesario recurrir a éste como última opción para la protección de bienes jurídicos tutelados. Al respecto, el tratadista español Santiago Mir Puig, señala: “El derecho penal de un estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos (Estado Democrático). Un derecho penal de esta raleza debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad”. (El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático, pág. 36). Las características enunciadas, así como el carácter fragmentario, subsidiario y residual del derecho penal, nos obligan a un entendimiento del mismo, desde la protección de la libertad como derecho fundamental. Es por ello, que la dogmática penal se convierte en una herramienta imprescindible para la racionalización de las decisiones judiciales, así como para la adecuada actuación de los demás operadores jurídicos. El fin del recurso de revisión es obtener una sentencia justa, esto implica que se debe juzgar y sancionar a quién es penalmente responsable. **DOS:** En el caso sub júdice, el recurrente con el fin de justificar la causal sexta del art. 360 del Código de Procedimiento Penal y por las cuales interpuso su recurso, señaló: **“Cuando no se ha comprobado conforme a derecho de existencia del delito a que se refiere la sentencia”**. Examinado la prueba aportada en el proceso y la normativa legal constitucional, tratados internacionales y de manera especial lo relacionado con los derechos humanos, encontramos que la Ex Segunda Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia del Guayas, en efecto violó la ley al expedir el fallo de fecha 14 de mayo del 2007, a las 16h40, por los siguientes motivos: **A)** La sentencia de condena se basa en el

artículo 580 numeral 1 del Código Penal, es decir, por el delito de Usurpación; **“El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia del bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble”.** B) La Sala Inferior no consideró los siguientes documentos que obra del proceso, así como declaraciones testimoniales: **1.** En la inspección judicial de fs. 156, 157, 158, 159, 169 juicio de inspección judicial nro. 58-91, iniciado 31 de enero de 1991, inspección realizada el 7 de febrero de 1991, Juez 15 Civil de Daule, con el perito Ing. Agro. Kleber Yagual Tomalá, en las observaciones que hace el juzgado, que el predio tiene una cavidad de 12 hectáreas más o menos, que lindera por el norte, con el Dr. Felicísimo Rojas, con 1.200 varas más o menos, sur, Pablo Ronquillo, con 1.200 varas aproximadamente, este, río Daule con 50 varas más o menos, y el oeste con Ing. Jacinto Vara, con 12 varas más o menos, no consta cercado, sino linderos matas en gran escala de mangos, banano, maracuyá, guayaba, tamarindo, guanábana, guaba, caimito, ciruela y grosella, existen unos muros en contornos, en la parte norte existe un suelo preparado para su respectiva siembra, hay un canal primario que sirve de riego y también sirve de drenaje, por su parte el perito Ing. Kleber Yagual, presenta su informe al juzgado y dice: el predio en referencia (Voluntad de Dios tiene una cavidad de aproximadamente 8 hectáreas y lindera al norte, con los señores Víctor Loor y Pablo Ronquillo, al sur, con el Dr. Felicísimo Rojas, al este, con el Ing. Jacinto Varas, y al oeste, río Daule, que existe un canal de riego y drenaje primario que atraviesa por la mitad del predio que sirve para abastecer de agua a la siembra de arroz que da aproximadamente 5 hectáreas, y que en la actualidad el terreno está listo para iniciar la siembra de invierno. En lo concerniente a los frutales el predio tiene aproximadamente 3 hectáreas, de mangos, papayas, maracuyá, guanábana, tamarindo, grosella, guaba y cultivos de caña de azúcar, yuca, camote y plátano, en dicho predio a lado del río se puede localizar una pequeña vivienda de tipo rústica, también en la parte sur del predio se encuentra parcialmente cercado. **2.** Certificación de fs. 161, 162, 163 y 164 del Ministerio de Agricultura y Ganadería (Dirección Provincial Agropecuaria del Guayas, que certifica que José Urbano Morán Espinoza es posesionario de un lote de terreno de 11 hectáreas o 15,50 cuadras, perteneciente a la comuna de Petrillo, del cantón Nobol, según informe técnico nro. 049, emitido por el Ing. José Luzardo Gómez, quien realizó dicha inspección, Guayaquil, el día 14 de marzo del 2005. En el informe técnico tiene relación a las obras de infraestructura, dice que el posesionario en su finca Voluntad de Dios, posee una casa mixta de caña y zinc de 6 x 7 de largo, como cultivos tienen varias matas de mango de edad de 4, 15 y 45 años, matas de tamarindo, papayas, grosella criolla y china, plátano, guineo, guaba, maracuyá, bada, camote, zapallo y 5 hectáreas de arroz en terreno nivelado y muriado cultivo que lo siembra en invierno y verano, existe sistema de alumbrado y carretero asfaltado que divide

el predio en 2 lotes, tiene un canal de riego de medio metro de ancho para tomar agua del río Daule hasta con posteaduras los 4 ángulos de la finca, la tenencia de la tierra hace 45 años de posesión. **3.** Certificado de posesión a fs 165, 166 emitido por la comuna Petrillo a favor del posesionario José Urbano Morán Espinoza, con un área total de 11 hectáreas, de fecha 9 de febrero del 2005. Se acompañó el plano de terreno así como sus linderos y dimensiones. **4.** De fs. 261 del proceso aparece la contestación al oficio nro. 1101, J16P&-D de 22 de septiembre del 2006, donde se informa al Juez 16 de lo Penal del Guayas, que el terreno de 11 hectáreas, está ubicado dentro de los 17.723 hectáreas de la comuna Petrillo, según los planos, y es posesionario el señor José Urbano Morán Espinoza es posesionario por más de 47 años, firma Dra. Grace Paye Alvarado, Presidente. **5.** A fs 262, 263, 264, 265 y 266 el Registrador de la propiedad del cantón Daule, de 2 fecha de octubre de 2006, certifica que en el año 1990, se encuentra inscrita la protocolización de documento reconocimiento de dominio otorgado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, a favor de la comuna Petrillo, que es propietaria del cuerpo de terreno, situado en la parroquia Piedrahita, cantón Daule, Provincia del Guayas en una superficie de aproximadamente de 17.723, hectáreas, según providencia del 19 de julio de 1990, protocolizada ante el Notario del cantón Quito Dr. Gustavo Flores Uscátegui, el 13 de agosto de 1990, e inscrita el 27 de septiembre de 1990. **6.** Testimonios de Liliana Herrera Baloy, fs 152 (26 de septiembre del 2006, 15h30) con domicilio en Petrillo, cantón Daule, conoce que Morán es afiliado a la comuna Petrillo, desde hace cuarenta años es posesionario de 11 hectáreas, que no conoce a la señora Juana Álvarez, que ella no es poseionaria de la comuna que Morán es el único posesionario, que los pilares estaban puestos con anterioridad... Julia Baloy Paye, al rendir su testimonio (26 de septiembre 2006, 16h30) con domicilio en Petrillo, calle principal, que si conoce al posesionario por cuarenta años, que las 11 hectáreas están dentro de la Comuna que es posesionario, que no conoce a la señora Álvarez, que ella no es propietaria, que siempre ha conocido como dueño a José Morán, que los pilares estaban muchos años atrás, me consta por haber sido secretaria de la comuna. **C)** En la audiencia oral pública y contradictoria realizada el 9 de agosto del dos mil diez, a las nueve horas, compareció **Víctor Torres Campuzano**, al contestar al interrogatorio formulado por el abogado defensor; pregunta: diga usted, señor Torres si sabe y conoce que las tierras en posesión del señor Urbano eran de propiedad de la comunidad de Petrillo y por qué razón; Responde: tiene su título de propiedad de la comuna; Pregunta; quién les otorgó el título de propiedad, Responde, el Ministerio de Agricultura y Ganadería doctor Laniado; Pregunta: conoce a la señora Juana Úrsula Álvarez; Responde: no la he conocido jamás en Petrillo; Pregunta; diga desde qué fecha el señor Urbano estuvo en posesión de esos terrenos de propiedad de la comuna; Responde: lo conozco unos 50 años; a la pregunta que le hace el Conjuez Dr. Jaime Pazmiño: indique desde cuándo la señora

Álvarez es socia de la comuna; Responde: nunca ha sido; Pregunta el señor Morán tiene cultivos; Responde: Sí, tiene terrenos mecanizados, mangos injertos, una casa; a la Pregunta del Dr. Arturo Pérez; a la señora Álvarez se la ha visto por ahí; Responde: nunca se la ha visto; Pregunta; Ha sido parte de la comuna de Petrillo (Sra. Álvarez) Responde: no ella vivía solo en Guayaquil; el Dr. Giovany Esquivel, pregunta; Se dice que se edificaron unas puertas que impiden el paso, Responde: no hay puertas que impiden el paso: la testigo **Grace Gomar Paye Alvarado**; a la que el defensor pregunta; diga que dignidad usted tiene y desde cuando en la comuna; Responde: soy presidenta elegida por la Asamblea desde 1999, hasta la actualidad; Pregunta; indique si conoce y sabe que el señor José Urbano Morán es posesionario de 11 hectáreas de tierra de propiedad de la comuna y desde cuándo; Responde: sí conozco tiene un certificado de posesión desde hace muchos años y es dueño de ese predio de once hectáreas; Pregunta; indique cuál es la extensión de tierra de propiedad de la comuna y por quién fue entregada la propiedad; Respuesta: tienen 17.723 hectáreas, el Ministerio de Agricultura hizo el reconocimiento y la posesión, les entregó Mahuad; Pregunta: desde cuándo comenzaron los problemas contra el señor Morán; Responde: en el 2006 porque los señores de la otra parte fueron a mi consultorio porque pensaron que yo era abogada, y ya tenían amenazado al señor Urbano y por eso el pidió el respaldo de la comuna, Pregunta; indique si usted denunció sobre estos hechos al Ministerio de Agricultura; Responde: siempre lo hice desde que como comunero se vio afectado, como Presidenta de la Comuna, y en la asamblea se le otorgó el respaldo; Pregunta: diga cómo y desde cuando conoce a la señora Juana Úrsula Álvarez; Responde: la primera vez conocí al abogado Fernández y a la señora después del año 2006, por estas denuncias que le hicieron al comunero, pero nunca ha estado en posesión esta familia, el dueño es el señor Urbano. El Dr. Jaime Pazmiño; pregunta; conoce a la señora Juana Álvarez, Responde: no la había conocido como posesionaria; Pregunta; la señora dice que ha hecho edificaciones; Responde: no he sabido; Pregunta: qué cultivos tenía el señor Urbano. Responde: arroz, mango, guayaba. El Dr. Arturo Pérez, pregunta: conoce a la señora Álvarez; Responde: sí, desde el 2006; Pregunta; antes del 2006 tenía algún cultivo; Responde: nunca; el Dr. Jaime Pazmiño, le enseña fotos a la testigo quien reconoce a la señora Juana Álvarez, señalando que se encuentra en dichas tierras después del desalojo que sufriera el señor Urbano; El Dr. Giovany Esquivel, pregunta; usted dijo que en el 2006 hubo un problema con el señor Urbano; Responde: antes no había agua y luz en la comuna, y es tiempo después que esta familia comenzó a acusarlo por este delito de usurpación, tiene su certificado de posesión y en cada año ha ratificado esta posesión. David Lainez Alvarado, Pregunta; indique si conoce y desde cuando a la señora Juana Úrsula Álvarez; Responde: nunca han sido de Petrillo, aparecieron desde hace dos o tres años; Pregunta; indique si sabe en qué actividades desarrollaba el señor Urbano en la propiedad; Responde: sembraba arroz, mango, na-

ranja, guayaba, verde, El Dr. Jaime Pazmiño, pregunta; el señor Urbano de cuántas hectáreas era posesionario. Responde: de once a doce; Pregunta: es posesionario ahora; Responde: últimamente es que fue desalojado, pero él es el propietario y ha trabajado esas tierras; El Dr. Giovany Esquivel Pregunta; conocía que se hicieron unas construcciones en la propiedad del señor Urbano; Responde: Don Urbano tenía su casita pero ellos la tumbaron e hicieron unos chalecitos en donde están viviendo. **(sic) D)** En la audiencia oral antes referida el defensor del recurrente presenta como pruebas documentales: 1. Cartas de planos elaboradas por las instituciones y entidades gubernamentales y de la armada nacional; **(sic) 2.** Informe de linderación debidamente protocolizado hecho por parte del Ministerio de Agricultura donde están los linderos y dimensiones en donde ha estado en posesión el señor Morán; 3. La resolución por la cual el Ministerio de Agricultura da las tierras a la comuna de Petrillo (Resalta que el Ministerio de Agricultura citó por la prensa a los herederos o presuntos que crean tener derecho a esas tierras y que hubieron muchas personas que se presentaron con documentos a justificar la propiedad, mientras que la señora Álvarez nunca lo hizo); **(sic) 4.** Certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Daule en el que consta la posesión otorgada al señor Urbano; 5. Informe del Ministerio de Agricultura en donde se confiere la posesión a la comuna de Petrillo de fecha 1990; 6. Solicitud de servicio de instalación de un medidor de fecha 21 de marzo de 2002 que prueba su posesión; 7. Inspección judicial efectuada en 1991 realizada por el Juez Décimo Quinto de lo Civil del Cantón Daule; 8. Certificado de posesión de informe técnico del Ministerio de Agricultura y Ganadería de quien está en posesión de las tierras y que tiene fecha 11 de marzo de 2005; documento dirigido por la comuna de Petrillo haciendo conocer de los problemas que se están presentando entre ellos los del señor Morán; 9. Nómina del Ministerio de Agricultura de la Directiva de la comuna de Petrillo; 10. Varias fotografías del señor José Morán, su esposa e hijos donde se observa y se demuestra que el sentenciado ha vivido desde hace muchos años en los predios que le otorgó la comuna de Petrillo; 11. Partidas de nacimiento del juez y perito que realizaron la experticia del lugar; **E)** De la sentencia dictada por el Tribunal Inferior no consta que han sido analizadas ni valorizadas las pruebas presentadas por el recurrente, pues para imputarle a una persona la comisión de un ilícito penal debe estar probado de manera fehaciente la existencia material de la infracción y en el presente caso no aparece evidencia alguna que Morán Espinoza sea autor de delito establecido en el art. 580, numeral 1 del Código Penal, por el delito de usurpación, lo que en el caso sub iudice, no acontece y mal podía el tribunal juzgador condenar a una persona solo por presunciones, violando con ello lo previsto en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal relativo con las reglas de la sana crítica y que el presente caso no han sido aplicadas; **(sic) F)** El art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, dice: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la

inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está la existencia del delito y de que el procesado es el responsable del mismo; y, en el segundo caso, si no se hubiera probado la existencia del delito a la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”. Por otra parte el art. 312 del referido cuerpo de leyes, que en lo pertinente, preceptúa: “Condena. La sentencia que declare la culpabilidad” deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone...”. G) Según lo señala Francisco Muñoz Conde, en su obra “Teoría General del Delito”, página 182, “**dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito**”, de lo cual se desprende que el dolo se encuentra constituido de dos elementos, esto es, el elemento intelectual o conocimiento, es decir, el saber; y, el elemento volitivo o voluntad, esto es el querer, este conocimiento y voluntad hacen relación o referencia a las circunstancias del tipo penal. En definitiva, la conducta del procesado no es antijurídica, por cuanto hay evidencia clara que el sentenciado ha estado en posesión del predio referido por más de cuarenta y cinco años, así lo señalan las certificaciones otorgadas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el certificado del registrador de la propiedad del cantón Daule, y las certificaciones dadas por la comuna Petrillo, donde consta que es socio de la cooperativa, y se le ha concedido 11 hectáreas, de las 17.723, que le pertenece a la comuna, además del juicio de inspección judicial a los predios del sentenciado por parte del Juez 15 de lo Civil del cantón Daule, de fecha 31 de enero del 1991, así como del informe del perito Ing. Kleber Yagual Tomalá, que fue designado por parte del juzgado, y por tanto su accionar no lesionó ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni atípica porque no corresponde a los elementos de la usurpación, por lo que este Tribunal no puede realizar un juicio jurídico de reproche. La responsabilidad penal es personalísima y a nadie puede condenarse por actos antijurídicos en los que no ha intervenido como equivocadamente ha procedido la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, por lo que no se justifican los elementos del tripartito penal que son: conducta típica, antijurídica y culpable. Por otra parte, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la prescripción de la institución de la ultra petita... En términos generales, el principio de legalidad en un Estado constitucional de derecho vincula a las autoridades e instituciones públicas con el ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre facultada para hacerlo por la normativa constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no le esté autorizado le está vedado; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva

de ley, consagrado en el art. 76.3 de la Carta Política. En la especie, se encuentra demostrada la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es procedente el recurso de revisión formulado por JOSÉ URBANO MORÁN ESPINOZA. **TRES:** es evidente que la sentencia dictada por la Ex Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil por su sentido y desarrollo es eminentemente legalista, fundamentada en preceptos legales, olvidando preceptos constitucionales, es decir, que no hace una correcta ponderación entre una norma de menor jerarquía y la norma constitucional que es de mayor jerarquía. Por ello, la interpretación que realiza la Ex – Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia es inconstitucional y reiteramos, en su fallo someramente señala disposiciones contempladas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal, por lo que se puede argumentar que es una sentencia simplista y no integradora, careciendo en todo sentido de sustento constitucional. En conclusión los juzgadores han violado flagrantemente el art. 24 numerales 10 y 14 de la Constitución Política del Estado (1988), y la actual Constitución de la República que está en vigencia, los artículos 75 y 76, 1, 2, 4, 6 y 7, han hecho caso omiso del principio de inocencia, del derecho a defensa, y de legalidad de la prueba, no han valorado las pruebas testimoniales y documentales que constan dentro del proceso. Así mismo, al juez de garantías le corresponde para resolver aplicar el principio constitucional de la concordancia práctica, según el cual los bienes constitucionales protegidos deben ser balanceados y ponderados en un momento dado y frente a un caso concreto tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas ordinarias y en normas constitucionales. Si una ley admite dos interpretaciones o más debe escogerse aquella que sea conforme con la constitución y/o con los instrumentos internacionales referentes a los derechos fundamentales del hombre. Argumento que no ha entrado dentro del análisis de la Sala referida... Con todos los razonamientos esgrimidos, la sentencia dictada por la ex – Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, al subsumir una supuesta conducta en un tipo penal determinado, aplicando solo el articulado contenido en el Código Penal y abstraerse de sustentar y anteponer normas constitucionales y tratados internacionales, es totalmente inconstitucional, que en ningún momento valoró las pruebas presentadas por el sentenciado, no se comprobó conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad de Morán Espinoza. **SÉPTIMO: RESOLUCIÓN:** Como se manifestó anteriormente, el recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, lo que precisamente en el caso materia de juzgamiento acontece, pues en el caso del recurrente JOSÉ URBANO MORÁN ESPINOZA, interpuso su recurso de revisión en la causal 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, del estudio de los autos consta que el recurrente han aportado prueba

suficiente que justifica fehacientemente la causal invocada. En definitiva, el recurso de revisión está contemplado en el Código de Procedimiento Penal como un recurso extraordinario que ataca a la cosa juzgada y cuya finalidad es reexaminar una sentencia cuando se cumplen los presupuestos que establece el art. 360 del referido cuerpo de leyes, con el ánimo de que no se sacrifiquen los sagrados intereses de la justicia, y de esta forma enmendar los errores judiciales de haberlos, pues el objetivo fundamental del derecho penal es sancionar a quien ha incurrido en un juicio de reproche y reafirmar el derecho a la libertad cuando éste ha sido vulnerado, de tal manera que no se afecte el estado de inocencia de un ser humano, a quien por error de hecho se le haya condenado, pero para su admisión se exige demostración plena de error judicial, es decir, demostrar en que consistió el error, esto es, aportando en el término de prueba que los conductos que sirvieron para dictar el fallo inculpativo fueron falsos y que por ende no tuvieron el sustento jurídico adecuado. En definitiva y de los recaudos procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que el recurrente es posesionario (**sic**) de 11 hectáreas dados por la comuna Petrillo, y que ha vivido en el mismo por más de cuarenta y cinco años, y bajo estas circunstancias en ningún momento se puede establecer bajo ningún parámetro o punto de vista que ha cometido el delito por el cual fue sentenciado. La revisión es un recurso especial y extraordinario que lo puede interponer el procesado en cualquier tiempo luego de haberse ejecutoriado la sentencia de última instancia, y para cuya procedencia exige se encuadre dentro de las causas contempladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Valorada la prueba aportada en su conjunto se desprenden elementos de juicio suficientes que demuestran la inocencia del recurrente. Por lo expuesto, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, con sujeción a lo dispuesto en el art. 367 del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose probado conforme a derecho la causal de revisión invocadas por el recurrente en sus respectivos recursos y por cuanto hay mérito para la acción revisoria propuesta, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por el recurrente, que demuestran el error de hecho y de derecho de la sentencia impugnada, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara procedente y con lugar el recurso de revisión interpuesto por José Urbano Morán Espinoza, en consecuencia, de conformidad con el art. 367 del Código de Procedimiento Penal procede a dictar sentencia absolutoria ratificando su estado de inocencia, y por el imperio de la ley y la Constitución de la República revoca la sentencia condenatoria dictada por la Ex - Segunda Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 14 de mayo del 2007, a las 16h40. Se dispone que el proceso sea devuelto al juzgado de origen. **Notifíquese y publíquese.**

f.) **Dr. Geovany Esquivel Villegas. Conjuez. Dr. Jaime Pazmiño Palacios, Conjuez. Dr. Arturo Pérez Castillo. Conjuez.**

RECURSO DE REVISIÓN

Proceso nro. 549-2013-VR

Juez Ponente: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 17 de septiembre de 2013, las 08h00.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

La señora Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández, presenta querrela por presunto delito de usurpación en contra de los señores José Urbano Morán Espinoza y Miguel Ángel Merino Castillo.

El señor Juez Décimo Sexto de lo Penal del Guayas, en fecha 29 de enero de 2007, a las 15h00, dictó sentencia declarando al señor José Urbano Morán Espinoza, autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 580.1 del Código Penal, esto es usurpación, le impone pena privativa de libertad de dieciocho meses de prisión correccional, respecto del señor Miguel Ángel Merino Castillo, dictó sentencia absolutoria. La acusadora particular, interpuso recurso de apelación y el querrellado señor José Urbano Morán Espinoza interpuso recursos de nulidad y apelación, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia confirmando la sentencia recurrida, pero la reformó declarando a los señores José Urbano Morán Espinoza y Miguel Ángel Merino Castillo, autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 580.1 del Código Penal, les impuso pena privativa de libertad de dos años de prisión correccional, con costas. El ciudadano José Urbano Morán Espinoza, ha interpuesto oportunamente recurso de casación, la ex Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en resolución de 18 de octubre del 2007, a las 8h50, declaró que dicho recurso es extemporáneo, ordenó la devolución al Tribunal A-quo para su ejecución. El ciudadano José Urbano Morán Espinoza, ha interpuesto recurso de revisión según la causal cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de 27 de mayo de 2009, a las 10h00, declaró improcedente el recurso.

Por segunda ocasión el sentenciado ha interpuesto recurso de revisión según la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de mayoría de 1 de diciembre de 2010, a las 09h00, declaró procedente el recurso, dictó sentencia absolutoria, ratificando su estado de inocencia. De la sentencia de revisión la acusadora particular, ha propuesto acción extraordinaria de protección. La Corte Constitucional en sentencia nro. 004-13-SEP-CC, caso nro. 0032-11-EP, de 21 de marzo del 2013, sobre tal garantía jurisdiccional ha decidido:

“1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la defensa y a la motivación, consagrados en el artículo 76 numeral 1 y 7 literales a y 1) de la Constitución de la República.

2. Aceptar la acción extraordinaria de protección propuesta por Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández; en consecuencia se deja sin efecto la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el 01 de diciembre del 2010, dentro del recurso de revisión propuesto en el juicio de acción privada por el delito de usurpación nro. 7310/27-06.

3. Ordenar que el presente trámite se retrotraiga al momento en que se verifica la violación de los derechos fundamentales mencionados; es decir, al momento inmediatamente anterior en el cual, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se pronunció sobre el recurso de revisión interpuesto...”

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Casación conformado por los señores doctores Vicente Robalino Villafuerte, Paúl Íñiguez Ríos y Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales, avocó conocimiento del procedimiento en providencia de 23 de mayo de 2013, a las 14h30, posteriormente en la audiencia de fundamentación del recurso de 26 de agosto de 2013 avocó conocimiento el señor doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, por licencia del doctor Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

No se ha impugnado la competencia de los señores jueces y conjuez que integramos el Tribunal al tiempo de la fundamentación del recurso.

3. DEL TRÁMITE

Por la fecha en que se ha iniciado el proceso corresponde aplicar el recurso las reglas vigentes a tal tiempo, en cumplimiento a lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de 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, en consecuencia se ha formalizado el recurso en audiencia oral pública y de contradictorio.

4. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES.

4.1. En su intervención la parte recurrente indicó, que:

- Se ratificó en toda la prueba presentada en el recurso de revisión anterior, que fue declarado nulo, en tanto y cuanto son pruebas documentales que existen en los autos.

Se ha demostrado para el proceso que la señora Juana Úrsula Álvarez viuda de Fernández, se presentó en primera instancia a proponer un juicio por el delito de invasión, penal de acción pública, el cual no tuvo asidero legal.

- Posteriormente se presentó un juicio por usurpación, en este proceso han actuado varios factores, como por ejemplo la actuación de un miembro del Consejo Provincial y luego Nacional de la Judicatura, en defensa de la señora que firma conjuntamente con su hijo, el doctor Víctor Fernández Álvarez, quien ejerce las funciones de asesor de un magistrado de esta Corte Nacional.

- Desde el inicio del proceso se ejerció presión para con los jueces de Daule, y posteriormente para con los jueces de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en ese entonces, quienes enjuiciaron al recurrente sin tomar en consideración

que el reclamo que presenta la señora Juana Úrsula Álvarez viuda de Fernández es respecto a un juicio denominado el Piñal, de la jurisdicción del cantón Santa Lucía, que se encuentra más arriba de Daule, y los terrenos que ha venido ocupando el recurrente, José Morán Espinoza, hace más de 47 años, ha tenido la posesión dada en legal y debida forma, por la comuna de Petrillo, perteneciente al cantón Nobol. Esta comuna fue favorecida por el Ministerio de Agricultura, con 17 mil hectáreas aproximadamente, en una resolución, entre las cuales, consta como comunero aprobado, y toda la documentación obra del proceso, el mismo que por más de 40 años, trabajó esas tierras, hizo innovaciones, adquisiciones como dotar de electrificación a su predio.

- Desde el año 1976, cultivó esas tierras en unión a su hermano que se encontró presente en la audiencia del recurso, a la acusadora, nunca nadie en la comuna la ha conocido ni ha estado calificada como propietaria.

- En el testamento, se menciona a un sitio totalmente diferente, se habla de más de 40 kilómetros de distancia, en la audiencia pública y de contradictorio que se efectuó en esta causa, a través de los planos que constan en el proceso, se demostró dónde está “El Piñal” y “Petrillo”. Los testimonios que se presentaron dentro del proceso, jamás se tomaron en cuenta, ni la prueba documental presentada ante el juez, como son las inspecciones judiciales, como son ciertos elementos de juicio que da prueba y demuestran la ocupación posesión que mi defendido ha tenido en el transcurso de más de 40 años en esa propiedad. No contentos con esta querrela penal donde le imponen una pena de un año y nunca quisieron aceptar un arresto domiciliario de este pobre hombre que estuvo preso.

- Por estos hechos, se presentaron varios juicios, incluso un colutorio, que hasta ahora la esposa del recurrente tiene orden de prisión y los jueces no pueden resolverlo, porque en aquel entonces eran las Cortes Superiores de Justicia quienes resolvían los temas colutorios, ni la Corte de ese tiempo pudo resolver la situación jurídica, por estos hechos no pueden salir de su casa.

- Este proceso se inició en el año 2006, desde cuando el señor doctor Víctor Fernández, presente en la Sala de audiencias, se encontraba en calidad de Conjuez de la Corte de Guayaquil, lo que ha motivado a que favorezcan a él, los demás jueces que han actuado.

- Causó “pena” ver la forma en que ingresan a su hogar a quemarles, y destruir todo, que por haberse dañado la máquina que utilizó para la fundamentación de recurso, no se pudo observar la forma vandálica en que actuaron, les sacaron de su posesión, con una orden del intendente que lo favoreció, por todos estos hechos probados se le dio la razón en el recurso de revisión anterior.

- Se demostró que el recurrente no usurpó, hizo uso de la tenencia, uso, goce y disposición que le dio la comuna y el Ministerio de Agricultura lo reconoció así, por cuanto goza de su carné de comunero que él está licitando por más de 40 años; que ha presentado este recurso de revisión, porque se ha

afectado en sus derechos que han sido vulnerados, los derechos de un anciano que no tenía capacidad para defenderse.

- Solicitó se actúe con la verticalidad, se haga justicia a una persona que se le ha despojado de su única fuente de trabajo, el lugar donde crio a sus hijos y que está equivocada la petición que la acusadora sobre una usurpación que no se ha cometido.

- Que se dice se puso dos pedazos de cemento, lo que vulgarmente llaman hitos, con una cadena que impedía el paso, este hecho, según su criterio no considera sea un hecho que tenga la fuerza de dolo para determinada persona, lo puso por seguridad, para que no violenten en la parte de ingreso a ese predio.

- El resto del predio como consta en el proceso ni siquiera se encuentra alambrado, que se han presentado pruebas testimoniales que fueron negadas por el juez, no las quisieron recibir, y aquí los señores ministros las recibieron haciendo multiplicidad de preguntas a la presidenta de la Comuna, y a moradores y comuneros para que indiquen si es verdad lo que ha expresado; que a la señora Juana Úrsula Álvarez, no se la ha conocido hasta los años 2006, que comenzó todo tipo de juicios en contra del recurrente.

Solicitó que en mérito a los autos lo analicen y resuelvan en derecho.

4.2. La acusadora particular manifestó:

“Estamos viendo un recurso de revisión, en el que se dice que las pruebas no existen. Estos recursos de revisión que el señor ha presentado, son dos y son igualitos invito a que revisen los expedientes para que se den cuenta que tienen la misma fundamentación de hecho y de derecho, solo cambia la causal, claramente se ve en el primero toma la causal 4 y en el segundo la 6. Se ve claramente los insultos contra mi familia, la señora Juana Úrsula Álvarez de Fernández, mi madre, y la agresión contra la Corte que Ustedes deberán considerar para la condena de costas, y aplicar el Código Orgánico de la Función Judicial los artículos 26 y 30 numeral 9. Netamente, mencionó que el señor, en los delitos cometidos, tenemos el colusorio en el cual él vendió indebidamente la parte de la propiedad de mi madre, y que en confesión judicial lo aceptó diciendo que 100.000 dólares recibió el señor, por lo que fue condenado a prisión y a daños y perjuicios. El juicio de usurpación, el que fue presentado y en primer y segundo nivel ha sido negado. Existe un doble conforme, es decir doble sentencia condenatoria. La sentencia se encuentra legal y constitucionalmente motivada. La conducta del recurrente está tipificada en el artículo 580 numeral 1 del Código Penal, pues existió despojo mediante abuso de confianza, es decir, responsabilidad del recurrente revisionista en el cometimiento del delito de usurpación. Mi petición es que por falta de fundamentación se deseche el recurso de revisión propuesto, pero me gustaría mencionar que mi madre tiene varios certificados del Registro de la Propiedad tanto en el cantón Nobol como en Daule y ella es la propietaria. No hay ninguna afectación ni prohibición con respecto de las tierras de mi madre. Me permito mostrar los diversos impuestos

prediales pagados los de agua luz y un trámite seguido por Senagua, que sabemos que Senagua entrega al legítimo propietario para que pueda disponer del agua del río Daule para el cultivo. También mencionó que hubo un juicio de partición del terreno de mi madre con mis tíos, la doctora Lesly Álvarez Sarco, el doctor Guillermo Álvarez Sarco de fecha 1996. También mencionó un certificado del departamento de avalúos del municipio, que menciona que la propiedad de mi madre se encuentra en el sector 2 de Petrillo, mientras que la de la parte de la comuna está en el sector 7. También mencionó un certificado de la Armada Nacional, de una inspección ocular del lugar de referencia, el que se dio el 02 de junio de 1992, el que está archivado en el proceso. Es por esto señores jueces, que pido se deseche este recurso de revisión”.

4.3. Réplica.

“La colega habla de que se han presentado recursos, el Código de Procedimiento Penal, no habla de la licitación para presentar los recursos de revisión, si en algún momento se lo hizo erróneamente por mala fe del profesional que en ese entonces actuó y posteriormente se presentó por otra causal, el artículo 360 habla de varias causales, no solamente de una, más sin embargo, es una tamaña ignorancia del conocimiento a la disposición legal del 360. En cuanto a lo que refiere el artículo 26 y 30 numeral 9, no se ha referido a qué ley a qué disposición legal, más sin embargo, estamos hablando de memoria y sin que sean las cosas coherentes, estamos hablando de un juicio penal. En materia penal, la confesión judicial, en 2 años que administré justicia, no conozco que se haya dado una sola confesión judicial en materia penal, consecuentemente lo que dice la colega, no viene a este caso. En cuanto al abuso de confianza yo pregunto ¿cuál es? ¿Acaso la señora Juana Úrsula Álvarez viuda de Fernández le dio las tierras para que él las trabaje? ¿Él era empleado de la señora? ¿Él estaba cuidando esas tierras? Entonces la señora tendría que reconocerle los años de trabajo o de lo que sea, ese no es el caso, aquí se está demostrando de que no hubo el delito de usurpación, que mi defendido fue agraviado con un año de prisión injusta e ilegalmente. Pido que se reconozca el derecho y se enmiende el error judicial al que fueron llevados los jueces por la presión de un Conjuez de la Corte Superior de Guayaquil, hoy asesor de un ministro de la Corte Suprema.”

4.4. Última palabra.

En su defensa material, el recurrente, dijo:

“Yo entré ahí a trabajar cuando eso no valía, estaba pura espina, pura encerradero de caballos, de vacas. Ahí encerraban las vacas y los caballos y los mataban ahí, yo saqué todos esos animales de ahí, los denuncié y vinieron a parar un poco, pero yo seguía trabajando. Ese terreno no era de sembrar, yo aré, murrié hice canales y a mí nadie me ha reconocido eso, nadie me ha dado un centavo, yo aplané, sembré mango, sembré ciruela, sembré grosellas, guabas, guayabas y tantas cosas más, yo hice todo eso porque la gente no quería trabajar porque era mucho monte y mucha plaga, mucha culebra, mucha iguana, yo hice valer ese terreno.”

5. NATURALEZA DEL RECURSO DE REVISIÓN.

5.1. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición en sentencia 014-09-SEP.CC, dictada en el caso 0006-08-EP, publicada en el Registro Oficial 648 de 4 de agosto de 2009 dijo “el Recurso de Revisión constituye un nuevo juicio, con nuevas pruebas en contra del Estado, salvo el caso del numeral 6 del artículo 360 antes citado, este recurso que se lo tramita frente a la contradicción del Ministerio Público, en donde las partes procesales son: por un lado el condenado, y por el otro, el Fiscal General como representante del Ministerio Público.”

5.2. Para Orlando Rodríguez¹ la revisión “Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, en procura de reivindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto del juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimitan las causales taxativamente señaladas en la ley. Pretende la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente de la del proceso.”

5.3. En el escrito de solicitud de revisión el recurrente invoca la siguiente causal:

“**Art. 360.** Causas. Habrá lugar el recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos:

6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.”

Según el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal “La solicitud de revisión estará debidamente fundamentada y deberá contener la petición de prueba, así como el señalamiento de la casilla judicial en la capital”.

Así la revisión más que un recurso es una acción. Cuando la ley exige que la solicitud de revisión esté debidamente fundamentada, espera una explicación razonada del motivo de su alegación en forma lógica y coherente.

La exigencia de nuevas pruebas se refiere a las demás causales del artículo 360 del Código Adjetivo Penal, las que se cumplen cuando se aportan constancias procesales idóneas para considerar desvirtuadas aquellas que sirvieron de fundamento a la sentencia impugnada, excepto en la causal 6.^a que no requiere prueba alguna.

Corresponde por lo mismo a este Tribunal examinar si la revisión planteada y actuada por el recurrente se ajusta al marco legal antes señalado.

Reflexiones Del Tribunal De Revisión:

1. La Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en sentencia de 1 de diciembre de 2010, a las 09h00, dijo:

“**SEXTO: RESOLUCIÓN...** En definitiva y de los recaudos procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que el recurrente es posesionario de 11 hectáreas

dados por la Comuna Petrillo, y que ha vivido en el mismo por más de cuarenta y cinco años, y bajo estas circunstancias en ningún momento se puede establecer bajo ningún parámetro o punto de vista que ha cometido el delito por el que fue sentenciado. [...] Valorada la prueba aportada en su conjunto se desprenden elementos de juicio suficiente que demuestran la inocencia del recurrente. Por lo expuesto, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, con sujeción lo dispuesto en el art. 367 del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose probado conforme a derecho la causal de revisión invocadas por el recurrente en sus respectivos recursos y por cuanto hay mérito para la acción revisaría propuesta, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por el recurrente, que demuestran el error de hecho y de derecho de la sentencia impugnada,...”, confirmó el estado de inocencia del recurrente.

2. La Corte Constitucional dejó sin efecto tal sentencia, para fundar su decisión consideró:

“Al estudiar el auto impugnado, dictado el 1 de diciembre del 2010 por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se verifica que en el mismo solamente se realiza una mera enunciación de los hechos, así como una breve explicación del porqué la Sala con voto de mayoría considerar justo y legítimo aceptar el recurso de revisión; no obstante, no consta una explicación clara o la enunciación clara de las normas o principios en que fundan tal decisión, hecho que vulnera visiblemente el derecho al debido proceso, específicamente la garantía constitucional de la motivación.

Es menester indicar que uno de los deberes primordiales del Estado constitucional de derechos y justicia es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución de la República.”

Los razonamientos judiciales que fueron revocados por la decisión constitucional no son materia de la presente resolución.

En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, toda autoridad, judicial o administrativa, tiene como obligación garantizar el ejercicio pleno de los derechos, cada uno de los ciudadanos tiene derecho a la justiciabilidad de aquellos que han sido vulnerados, al respecto, en el Estado constitucional de derechos y justicia “se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas las autoridades administrativas, y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos...”²

¹ Rodríguez, Orlando “Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo” pág. 393, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

² La ex Corte Constitucional para el período de Transición en sentencia nro. 035-12-SEP-CC del caso nro. 0330-10-EP.

Para que exista el delito de usurpación, descrito y reprimido en el artículo 580.1 del Código Penal, es necesario que existan dos elementos a saber: **a)** exista violencia, engaño, o abuso de confianza; y **b)** que lo expuesto en el literal anterior, sirva para: despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble, o un derecho real que, con violencia o amenazas, estorbe tal posesión constituido en inmueble.

Estos elementos no reúne el accionar del recurrente, pues al instalar dos postes de hormigón con una cadena en el bien materia del procesamiento, no lesionó ningún bien jurídico tutelado penalmente, puesto que no se encuentran enmarcados en los elementos de la usurpación, ya que nada se dice acerca de haberlo hecho con violencia, es decir a través de apremio físico o moral dirigido a vencer la eventual o efectiva resistencia opuesta por personas, como la fuerza aplicada a cosas que obstaculizan o estorban la ocupación, o su mantenimiento en exclusividad; o el engaño que se expresa en el fraude, la mentira, o el abuso de confianza, que no se refiere al vicio de posesión que habla el Código Civil, sino del despojo cometido aprovechando la confianza que la víctima deposita en el autor, permitiéndole ocupar o usar el inmueble, esto es, invocando un título de ocupación, sin que por lo mismo el Tribunal de Revisión de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia pueda realizar un juicio de reproche hacerlo violaría al principio de la legalidad y al derecho a la seguridad jurídica, consagrado en la Constitución de la República en los artículos 76.2 y 82.

Expresión del derecho a seguridad jurídica es el principio de legalidad o juridicidad, consagrado en el artículo 82 de la Constitución, que dice:

“El derecho a la seguridad jurídica, se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

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 008-09SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

Sobre el principio de legalidad y la tipicidad la Corte Constitucional para el período de Transición ha dicho:

“El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal. La necesidad imperativa de la existencia de la ley, pone en marcha el derecho penal que al relacionarse con el principio de legalidad constituye su fór-

mula de oro: “la ley lo puede todo en materia penal... en marcha el derecho penal que al relacionarse con el principio de legalidad constituye su fórmula de oro: “la ley lo puede todo en materia penal...”

“El principio de legalidad es indispensable para el derecho penal, sin él no se puede entender su desarrollo y reconocimiento, forma parte de las facultades de la legislación; sin embargo, el principio de legalidad penal debe someterse al principio de constitucionalidad, ya que toda tipificación penal implica siempre una intervención en los derechos constitucionales y por consiguiente, puede ser constitucional o inconstitucional. Si bien es cierto, se reconoce como una facultad del legislador la de restringir derechos en virtud del ius puniendi; es decir, el legislador tiene un espacio de discrecionalidad para determinar que el contenido de la ley penal sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas; como también, que esté en consonancia con la ideología de la mayoría de la Asamblea Nacional. A través de procesos democráticos de adopción de leyes, el Estado califica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones, por lo cual, dentro de ciertos límites, es posible desarrollar la política criminal. En sí, la facultad no es ilimitada o, en otros términos, “El legislador no tiene una facultad discrecional absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen como fundamento del poder punitivo del Estado.” sentencia 0001-09-SEP-CC, caso 0002-08-CN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

La decisión del Tribunal es que:

- La sentencia impugnada no establece los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, previsto en el artículo 580.1 del Código Penal que son: violencia, engaño, o abuso de confianza, como medio para despojar a otro de la tenencia de un bien inmueble o de un derecho real constituido en un bien inmueble, en consecuencia no se ha probado conforme a derecho la existencia del delito por el cual se condenó al señor José Urbano Morán.

La Corte Constitucional para el período de Transición en la sentencia nro. 034-10-SEP-CC del caso nro. 0225-09-EP publicada en el Suplemento del Registro Oficial 285 de 23 de septiembre del 2010 sobre el principio de mínima intervención penal; dijo:

El principio del Derecho Penal como ‘última 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”.

El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal refiere al efecto extensivo de un recurso, sus consecuencias vienen determinados cuando hay varios imputados en un mismo

proceso, el recurso interpuesto por uno de ellos favorece a los demás, salvo que los motivos para concederlo sean exclusivamente personales. Dice la regla indicada:

“Art. 327. Efectos. Cuando en un proceso existan varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos, beneficiará a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales.

Este beneficio será exigible aunque mediare sentencia condenatoria ejecutoriada en contra de uno de los acusados.

La interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario.”

Este es un caso de igualdad ante la ley y ante los tribunales, derecho reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 11.2 y 66.4.

El juez no tiene facultad para interpretar de manera extensiva ni analógica una norma legal en detrimento de los derechos del procesado, flexibilizándola para que coincida un acto en la descripción típica, hacerlo es una actividad abusiva que viola al Principio de Legalidad, conlleva inseguridad jurídica y atenta contra la democracia.

Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** con fundamento en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal este tribunal de revisión de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, declara procedente el recurso planteado, se revisa la sentencia, se ratifica estado de inocencia del recurrente José Urbano Morán Espinoza.

A lugar la reparación por error judicial.

Se hace extensivo el efecto de esta sentencia al procesado condenado que no ha recurrido, esto en aplicación del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

Se cancelan las medidas de orden real y personal dictadas en contra de los beneficiarios de esta sentencia.

Se deja constancia expresa que esta decisión ni otorga ni resta derechos civiles sobre el predio materia del proceso a ninguna de las partes.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el proceso a la autoridad de origen para el cumplimiento de lo ordenado.

Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional Ponente, Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional. Dr. Edgar Flores Mier, Conjuez.

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

Juez Ponente: Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

Juicio nro. 549-2013 VR.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, 1 de octubre de 2013, las 08h00.

VISTOS: Agréguese el escrito presentado por la señora Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández, presentado el 27 de septiembre de 2013 a las 12h36. Lo que se atiende de la siguiente manera:

1. La compareciente manifiesta que en la sentencia se ha lesionado su derecho de propiedad, consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en los tratados internacionales, que lo sustenta con los certificados del Registro de la Propiedad del cantón Daule y con el certificado de reinscripción del Registro de la Propiedad del cantón Nobol, de los que consta que la propiedad es la compareciente y no pesa gravamen de ninguna naturaleza. (sic).

2. Que existe violación al debido proceso y al trámite de sustanciación, puesto que la sentencia nada razona sobre las audiencias fallidas, que se realizaron por la inasistencia de la “contraparte”, por lo que se debió haber dictado el auto de abandono del recurso.

Lo resuelto por este Tribunal es consecuencia de lo actuado por las partes en la audiencia de revisión, en que ejercieron sus derechos, por manera que si la Sala en este caso, varía su razonamiento devendría en inseguridad jurídica que atentaría contra el principio de legalidad:

Art. 281. La jueza o el juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días³.

POR LO EXPUESTO para salvaguardar el debido proceso, en que una de sus garantías es la legalidad del trámite, se niegan las peticiones de ampliación y aclaración por improcedentes, planteadas por la señora Juana Úrsula Álvarez Sarco Vda. de Fernández, respecto de la providencia solicitada. Por secretaria y a costa de la peticionaria confírase, la copia de la grabación de la audiencia de 26 de agosto de 2013. **Notifíquese.**

f.) Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional Ponente, Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional, Dr. Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

³ La ex Corte Constitucional para el período de Transición en sentencia nro. 035-12-SEP-CC del caso nro. 0330-10-EP.

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES
INFRACTORES DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA
Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I

Juicio nro. 0130-2012

Resolución nro. 0245-2012

Juicio ordinario de impugnación de paternidad y maternidad propuesto por Rita Antonia Valencia Cortes contra Guadalupe Valencia Cortes y Miguel Ángel Andrino Muñiz.

SÍNTESIS:

Se presenta acción de impugnación de la paternidad y maternidad de la menor XX, pretendiendo que ella sea quien escoja sus padres, en lugar de los denunciados falsos padres. La acción ha sido desechada en las instancias inferiores. Al conocer la Sala de Casación el recurso interpuesto, estima que es de vital importancia proteger el interés superior de la mencionada niña, interés superior consagrado por la Constitución Política de la República, en el artículo 44, desarrollado por la normatividad prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 11 y sustentado por el Derecho Internacional, especialmente por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobado en 1989. Que lo que pretende la recurrente es una nueva valoración de la prueba, lo cual está vedado para la Sala. Por estos motivos se desechó el recurso.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE ESMERALDAS. Esmeraldas, 07 de julio del 2009. Las 14h28.

VISTOS: Licenciada RITA ANTONIA VALENCIA CORTEZ. Comparece a fojas 8 de los autos en su calidad de Curadora de la menor NN y presenta demanda de nulidad de paternidad y maternidad en contra de los señores Guadalupe Narcisca Valencia Cortes y el español Miguel Ángel Andrino Muñiz, y manifiesta lo siguiente: a) Mediante sentencia dictada por el señor Juez Tercero de lo Civil de Esmeraldas, fundamentamos en las normas establecidas en los artículos 367, 515 inciso segundo del Código Civil, en concordancia con los artículos 398 y 415 de la Ley invocada, el día 08 de julio del 2008, a las 10h17 en el juicio de curaduría nro. 313-2008 fui nombrada curadora ad litem, a fin de que represente a la menor NN de 8 años 12 meses de edad, en juicio de nulidad de paternidad y maternidad, como se desprende del documento ejecutoriado y protocolizado, que se adjunta a este libelo. b. La menor de 8 años y 12 meses, y

que en la actualidad consta con los nombres de NN, como se desprende de la partida de nacimiento que se adjunta, nació el día 21 de julio de 1999, en el Hospital "Delfina Torres Concha" de Esmeraldas, siendo abandonada precisamente, al momento de su nacimiento, por sus padres biológicos cuyos domicilios, en la actualidad, se desconoce, razón por la cual, no se pudo inscribir su nacimiento, en el Registro Civil respectivo, con los verdaderos apellidos de sus padres, y sus respectivos representantes. c. Por un acto de absolutas bondad (sic) y de caridad, de parte de la abogada Patricia Valencia Cortés, la niña NN, pasó vivir (sic) al domicilio de la referida Abogada y al cuidado y manutención de la misma hasta la edad de 8 años 10 meses. d. Sin embargo, al menor descuido de su prenombrada cuidadora, violándose el debido proceso, con respecto a la maternidad por adopción o inscripción o inscripción tardía la demandada señora Guadalupe Narcisca Valencia Cortes, primeramente de forma ilícita, el día 25 de agosto de 1999, la inscribe, en el Registro Civil del cantón Esmeraldas, con sus apellidos, haciendo constar en el acta de nacimiento tomo, 10, página 63, acta 3303, como madre de al (sic) menor en referencia consecuentemente, adjudicándose una maternidad falsa. e. Posteriormente, con fechas 18 de abril de 2008, su conviviente el español Miguel Ángel Andrino Muñiz, comparece como padre de la menor poniéndole su apellido, adjudicándole también una paternidad falsa. f. En consecuencia la menor Katherine Lisette Valencia Cortes, como consta de la partida de nacimiento que se adjunta, en la actualidad, aparece con los apellidos Andrino Valencia, y como padres de los (sic) señores Miguel Ángel Andrino Muñiz y Guadalupe Narcisca Valencia Cortes, es decir como hija de dos falsos padres. g. La menor NN, desde que tiene uso de razón, ha repudiado dicha falsa paternidad y maternidad, queriendo tener una legítima paternidad y maternidad biológica o aceptar una adopción que ella escoja y convenga. Fundamenta su demanda de conformidad con lo que establece el artículo 367, 515 inciso segundo del Código Civil, en concordancia con los artículos 398, 415, 345 del Código Civil. Calificada y admitida la demanda luego del sorteo de estilo se ordenó se cite legalmente a los demandados, de fojas 26 de autos comparece la demandada doctora Guadalupe Valencia Cortes, quien contesta y deduce las siguientes excepciones. 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho propuesto en dicha demanda. 2. Improcedencia de la acción, dado que la menor NN es mi hija, conforme consta de la partida de nacimiento adjunta. 3. Señor Juez es indigno e intolerante que mi hermana de padre trate de arrebatarle mi hija de fojas 28 de autos comparece el demandado Miguel Ángel Andrino Muñiz, quien contesta la demanda pero no presenta excepciones, se convocó a la junta conciliación en la que no hubo advenimiento, se abrió la causa a aprueba por el término de ley y una vez fenecido

dicho término llega la causa para resolver y para hacerlo se considera. **PRIMERO:** Se ha dado la presente causa el trámite inherente a este clase de juicio, y no se ha omitido solemnidad sustancial que lo vicie por lo tanto el proceso es válido y así se lo declara. **SEGUNDO:** Con la contestación dada a la demanda y las excepciones planteadas por la demandada por Guadalupe Narcisa Valencia Cortés, se trabó la litis en mérito de lo cual por mandato del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que se alegan, excepto los que se presume conforme a la ley. **TERCERO:** La actora manifiesta que mediante sentencia dictada por el señor Juez Tercero de lo Civil de Esmeraldas, fundamento en las normas establecida (**sic**) en los artículos 367, 515 inciso segundo del Código Civil, que mediante Curaduría nro. 313-2008, fue nombrada como Curadora ad litem, a fin de que represente a la menor NN de 8 años 12 meses, en juicio de nulidad de paternidad y maternidad, y que la menor nació el día 21 de julio de 1999, en el Hospital “Delfina Torres de Concha” de Esmeraldas, y fundamenta su demanda en el artículo 367, 515, 398 y 345 del Código Civil. **CUARTO:** En la etapa de prueba la parte actora. 1. Impugna como pruebas presentadas, todos lo que de autos me fuere favorables, (**sic**) especialmente el contenido de mi demanda y documento anexados a la misma. (**sic**) 2. Que se impugna y redarguyo de falsa, (**sic**) las pruebas presentadas. 3. Impugna y redarguya (**sic**) de falso y objeto la legitimidad de los documentos que llegare a presentar. 4. Impugna la participación de Luis Antonio Valencia Cortes y al presente defensor (**sic**) abogado Pablo Estacio. 5. De fojas 85 de autos consta la certificación de la Cruz Roja Ecuatoriana, de la que se desprende que los señores Andrino Muñiz Miguel Ángel y la señora Valencia Cortez Guadalupe Narcisa y la menor NN, no concurrieron a realizar la práctica de examen de ADN. 6. Solicita el movimiento migratorio de los demandados. La parte demandada presenta las siguientes pruebas. 1. Impugna y rechaza todo el libelo de la demanda de la actora, en todas sus partes. 2. Adjuntamos la partida íntegra de nacimiento de la menor NN. 3. Presenta el juicio nro. 1178-2008 del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de esta ciudad. 3. Presenta testigo (**sic**) a la señora Luz Matilde Armigo, quien al contestar el pliego de preguntas para ella contestó afirmativamente (**sic**). 4. De fojas consta (**sic**) firma de conocer (**sic**) a los demandados (**sic**). De fojas 67, 68 y 69 de autos consta certificaciones del Consejo Nacional Electoral del Colegio de Médicos de Esmeraldas, de la Facultad de Medicina de la Universidad Central del Ecuador, conocer (**sic**) Guadalupe Valencia Cortes. Por las consideraciones expuestas el suscrito Juez. **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.** Se declara sin lugar la demanda, propuesta por la licenciada Rita Antonia Valencia Cortez, en su calidad de Curadora de la menor NN, por haber omitido demandar al legítimo contradictor, situación legal que originó ilegitimidad en las personas demandadas.

Sin costas y honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) **Ab. Eduardo Mideros Copete, Juez Temporal.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE ESMERALDAS. Esmeraldas, 31 de julio del 2009.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito que antecede. En lo principal el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil expresa “Que la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuera oscura y la ampliación cuando no se hubiera resuelto algunos de los puntos controvertidos o se hubiese omitido decidir sobre frutos, intereses y costas”. En la especie la sentencia dictada por el suscrito Juez es clara y se han resuelto todos los puntos controvertidos por lo consiguiente se niega la ampliación y aclaración solicitada por los actores. **Notifíquese.**

f) **Ab. Eduardo Mideros Copete, Juez Temporal.**

SEGUNDA INSTANCIA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ESMERALDAS. SALA ÚNICA. Esmeraldas, junio 29 de 2010. Las 08h30.

VISTOS: Se integra la Sala con los doctores Iván Guerrero Drouet, Joel Efraín Arias Vélez y abogado Víctor Guilcapi Camacho, Jueces de Corte. De la sentencia pronunciada por el Juez Primero de lo Civil de Esmeraldas que declara sin lugar la demanda propuesta por Rita Antonia Valencia Cortez, esta interpone en tiempo, recurso de apelación revocando el ascenso de la causa; la que recibida es puesta en conocimiento de las partes fundamentando oportunamente la recurrente los puntos a que se contrae el recurso, solicitando que se actúe prueba; y, dando traslado a la otra parte quien contesta. Se cumple la junta de conciliación y a falta de avenimiento, se concede el término de prueba de diez días donde se actúan las pedidas por las partes. Vencido el término probatorio se pidió autos en relación correspondiendo dictar sentencia, y para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Esta Corte Provincial de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación de sentencia, por así disponerlo la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76.7 m); el Código de Procedimiento Civil artículos 323, 324, 326, 408 y siguientes. **SEGUNDO:** En la tramitación del proceso en esta instancia no se ha incurrido en la omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa por lo que se declara su validez. **TERCERO:** A folios 8 del expediente, ante el Juez Primero de lo Civil de Esmeraldas cuya competencia se radica por sorteo, comparece Rita Antonia Valencia Cortez, en condición de curadora ad litem de la menor de nueve años NN demandando en su nombre en juicio ordinario a GUADALUPE NARCISA VALENCIA CORTEZ, ecuatoriana y MIGUEL ÁNGEL ANDRINO MUÑIZ, español, la impugnación de paternidad y maternidad, solicitando que en sentencia se declare que no son padre

ni madre de la menor prenombrada. Citados los demandados, Guadalupe Valencia Cortez en persona a folios 13 del expediente y Miguel Ángel Andrino Muñiz, por la prensa a folios 29 a 31 luego de haber acreditado la demandante con juramento la imposibilidad de determinar su residencia, comparecen a juicio Guadalupe Valencia Cortez a folios 26 deduciendo excepciones, y Miguel Ángel Andrino Muñiz a folios 28, autorizando ambos demandados de manera expresa al doctor Wilson Garrido Cortez para que asuma su defensa. Se convoca y cumple la junta de conciliación a folios 50, a la que no concurren los demandados y la parte actora impugna la participación en la audiencia y posteriormente en el juicio, del abogado Pablo Estacio y del ingeniero Luis Antonio Valencia Cortez por falta de poder para representar a los demandados en juicio, lo cual la Sala al examinar el poder especial conferido por los cónyuges Miguel Ángel Andrino Muñiz y Guadalupe Narcisca Valencia Cortez, a favor de Luis Antonio Valencia Cortez, poder que obra de folios 39 a 42 autos, incluyendo sus habilitantes, se establece que el poder es ***“para que pueda ejercitar las siguientes facultades: 1. Ostente en la República del Ecuador en nombre de los comparecientes LA REPRESENTACIÓN DE LA HIJA DE ESTOS, llamada NN nacida en Esmeraldas el 21 de octubre de 1999”***. Al respecto, la ilegitimidad de personería de quienes comparecen en juicio no proviene sino de su incapacidad legal o de la falta de poder cuando intervienen a nombre de otra persona; caso este último ocurrido en este proceso, pues el compareciente ingeniero Luis Antonio Valencia Cortez no comparece con poder de los demandados autorizándole expresamente representarlos a ellos en juicio, sino para representar a la menor NN. Dicha menor por medio del Curador Ad Litem es la actora en este proceso y no puede en el mismo juicio conferir contra sí misma por medio de apoderado, en pretensiones contrapuestas, esto es contrario a las reglas de la lógica; y, en el ámbito jurídico al no haber acreditado Luis Antonio Valencia, su representación e intervenciones en el juicio a nombre de los demandados, la transgresión del precepto contenido en el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil ocasiona la invalidez de la prueba de la pretensión, por el sostenida. La Sala declara por falta de poder expreso para representar a los demandados en este juicio la ilegitimidad de personería del ingeniero Luis Antonio Valencia Cortez. El doctor Wilson Garrido Cortez defensor autorizado a folios 28, por los demandados; Miguel Ángel Andrino Muñiz y Guadalupe Narcisca Valencia Cortez, presenta escrito a folios 36 pide diferimiento de la junta de conciliación y no interviene más durante la tramitación de la causa. La parte actora si bien acredita que la demandada doctora Guadalupe Narcisca Valencia Cortez no registra historia clínica, ni parto en el Hospital Provincial “Delfina Torres de Concha” del Ministerio de Salud Pública, ni ha sido atendida de parto en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS- en Esmeraldas; sin embargo los demandados no rindieron la confesión judicial pedida, ni concurren ni ellos ni la menor NN, a la Cruz Roja, ni en Quito ni en

Esmeraldas, para la toma de muestras de material genético a fin de proceder al análisis de ADN pedido por la parte actora, el que no se efectuó; debiendo destacar que las notificaciones se hicieron en el casillero judicial del abogado Pablo Estacio Preciado, defensor del ingeniero Luis Antonio Valencia Cortez, cuya ilegitimidad de personería ha sido declarada. Por consecuencia no se ha probado conforme a derecho la impugnación de paternidad y maternidad invocada. **CUARTO:** La Constitución de la República del Ecuador, al tratar de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, al referirse a las niñas, niños y adolescentes, a partir del artículo 44, establece el principio de su interés superior y que sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Principio desarrollado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento). Que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su desarrollo integral, en un entorno familiar de afectividad y seguridad, que permite la satisfacción de sus necesidades afectivo-emocionales. En el artículo 45 reconoce el derecho de las niñas, niños y adolescentes a su integridad física y psíquica, a su identidad, nombre y ciudadanía a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar. En el artículo 426 se establece que las juezas y jueces 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. La Convención sobre los Derechos del Niño, desde su Preámbulo, reconoce que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, este por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. En la citada Convención, ratificada por el Ecuador, en el artículo 3 establece como obligación asumida por los Estados Parte, 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 el artículo 7.1 de la Convención: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Según afirmación de la parte actora, la niña NN luego de su nacimiento en el Hospital provincial “Delfina Torres de Concha” de la ciudad de Esmeraldas, el 21 de julio de 1999, habría sido abandonada por parte de su madre biológica, siendo inscrita Guadalupe Narcisca Valencia Cortez en el Registro Civil del cantón Esmeraldas el 25 de agosto de 1999, a los 35 días de su nacimiento. Lo cual en inicio le garantiza el acceso a la

familia, afectividad, seguridad y protección invocado tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Convención de los Derechos del Niño, concretando así en la especie el interés superior de la niña. **QUINTO:** La Sala hace constar que en la anterior instancia no hubo falta de legítimo contradictor según lo dispuesto en el artículo 720 del Código Adjetivo Civil, y se llama la atención al Juez de instancia por falta de acuciosidad en el estudio de la causa a fin de precisar los méritos del proceso. Con estas consideraciones, y respetando jurisdiccionalmente el principio Constitucional y supranacional, del interés superior del niño y que sus derechos prevalecerán frente a los de las demás personas; en el propósito de asegurarle el acceso a la familia, a la afectividad, a la seguridad y protección exigida constitucionalmente, y a la que actualmente accede en el entorno en que se encuentra, esta Corte **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desechando el recurso de apelación interpuesto por Rita Antonia Valencia Cortez, confirma la sentencia subida en grado, pero en base a los considerandos y motivación expuesta en la presente sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, quedan a salvo las acciones para investigar la paternidad o maternidad dentro del plazo establecido por la Ley (artículo 257 del Código Civil), para la prescripción de tales acciones. Sin costas en la instancia. Actúe la señora doctora Ana Bravo de Chica, quien se encuentra legalmente encargada de la Secretaría, por encontrarse en goce de licencia el señor Secretario Relator. **Notifíquese.**

f) **Dr. Iván Guerrero Drouet, Juez. Dr. Joel Arias Vélez, Juez. Abogado Víctor Guilcapi Camacho, Juez.**

FALLO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, 09 de agosto de 2012, las 08h15'.

VISTOS: Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. **1. ANTECEDENTES:** Conoce el Tribunal en virtud del recurso de casación que oportunamente interpone Rita Antonia Valencia Cortés, en su calidad de curadora de la menor NN, de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, el 29 de junio de 2010, las 08H30, que, con fundamento en los considerandos y motivación que deja expuestos, confirma la dictada por el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de Esmeraldas, el 7 de julio de 2009, las 14h28, que declara sin lugar la demanda de "impugnación de paternidad y maternidad", que sigue contra Miguel Ángel Adriano Muñoz y Guadalupe Narcisca Valencia Cortés. Inconforme con lo resuelto la parte actora interpone recurso de casación, que fue concedido y admitido a trámite

por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, el 12 de septiembre de 2011, para resolver el cual se considera: **2. 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 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La parte recurrente alega como infringidas las normas de derecho contenidas en los Arts. 43 inciso segundo, 215, 207, 331, 127 y 132 del Código de Procedimiento Civil; 17 de la Ley de Registro Civil, Cedula-ción e Identificación; 261 numeral 2 del Código Civil; 19 del Código de la Niñez y Adolescencia; y, 44, 45 y 46 de la Constitución de la República. Funda su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.** La casación es un medio de impugnación extraordinario y público, de estricto derecho cuyo objetivo fundamental 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. 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 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 Sala debe reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y de desarrollo jurisprudenciales fijados para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza está sometido en la formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse impide el estudio de fondo. **5. ANÁLISIS DEL CARGO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.** La parte recurrente basa su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y con fundamento en aquella denuncia la violación por "... *errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derechos en la sentencia de segunda instancia. SE DEBIÓ NULITAR LAS FALSARIAS, MATERNIDAD Y PATERNIDAD, de acuerdo a los fundamentos en que apoyo éste recurso...*" (sic). La causal tercera, como viene manteniendo reiteradamente la Corte de Casación, se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva, configurarla exige por tanto el cumplimiento de varios requisitos, a saber: 1. Identificación precisa del medio de prueba que a su criterio ha sido indebidamente aplicado, no aplicado o erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte,

instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes); 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. En definitiva, su fundamentación precisa la denuncia de la existencia de dos infracciones sucesivas: la primera 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 en el caso que nos ocupa no se cumple, conforme se desprende de las alegaciones que con sustento en esta causal realiza la parte recurrente, en las que, además de no plantear la proposición jurídica completa conforme exige la causal invocada, limitándose a mencionar la vulneración de ciertas normas, prescindiendo de establecer la vulneración indirecta de la norma sustantiva, explicando cómo el quebranto de las normas de valoración de la prueba provocaron la violación de las normas de derecho que nomina como infringidas, limitándose a realizar una crítica a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Ad quem, como cuando dice: *“Revisadas las piezas procesales, se desprende que el Tribunal de alzada, no analizó, no apreció, no valoró motivadamente y en conjunto las pruebas aportadas. Lo hizo acomodándose a una verdad procesal diferente; como deja sin validez las declaraciones probatorias; se procede a un falseamiento entre la verdad de los hechos probados, dándole una historia errada y diferente.”*, pretendiendo que este Tribunal de Casación realice una nueva valoración de la prueba, lo que le está vedado, puesto que *“La valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente esa valoración de la prueba...”* (Registro Oficial 349 de 29 de diciembre de 1999, Resolución 568 de 8 de noviembre de 1999, juicio No. 98, Sarango contra Merino, lo que impide que prospere el cargo. No obstante lo dicho, es importante mencionar que la recurrente arguye que en el fallo impugnado *“Se violenta, precisamente, las normas legales que expresan los juzgadores en la parte resolutive de la sentencia, con respecto a la Constitución de la República, Código de la Niñez y Adolescencia, La Convención Sobre los Derechos del Niño. Los Jueces Ad quem, debieron utilizar precisamente aquellas normas para rescatar del rapto y del mal trato a la menor por parte de sus raptos supuestos padres; y, por el contrario, amparados en el Art. 220 del Código de la Niñez y la Adolescencia, exigir de los demandados la comparecencia de la menor, a fin de procurarle Acogimiento Familiar en el I.N.F.A., o en la CASA DE LORETO, o en la ALDEA S.O.S, todas éstas de la Provincia de Esmeraldas.”*, al respecto este Tribunal Considera que, en la especie, la recurrente demandó la impugnación de la paternidad y maternidad de la niña NN, aduciendo que *“c. Por un acto*

de absoluta bondad y de caridad, de parte de la Abogada PATRICIA VALENCIA CORTES, la niña NN, pasó a vivir al domicilio de la referida Abogada, y al cuidado y manutención de la misma, hasta la edad de 8 años 10 meses (sic).- d. Sin embargo, al menor descuido de su prenombrada cuidadora, violándose el debido proceso, con respecto a la maternidad por adopción o inscripción tardía, la demandada señora GUADALUPE NARCISA VALENCIA CORTES, primeramente, de forma ilícita, el día 25 de Agosto de 1999, la inscribe, en el Registro Civil del Cantón Esmeraldas, con sus apellidos, haciendo constar en el Acta de Nacimiento, tomo 10, página 63, acta 3303, como madre de la menor en referencia, consecuentemente adjudicándose una maternidad falsa.- e. Posteriormente, con fecha 18 de Abril del 2008, su conviviente, el español MIGUEL ANGEL ANTONIO MUÑIZ comparece como padre de la menor, poniéndole su apellido, adjudicándose también, una paternidad falsa.” (sic), sin que como parte de los fundamentos de hecho de su demanda haya mencionado que la menor fue raptada ni mucho menos que es maltratada por quienes aparecen como sus padres. Situaciones nuevas dentro del proceso, que arguye en su recurso de casación, en el que además confunde el juicio de impugnación de paternidad y maternidad deducido, con un juicio de *“NULIDAD DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD”*, lo que constituye lo que se conoce como cuestión nueva, misma que no puede ser conocida y resuelta en casación, pues como bien enseña Manuel de la Plaza: *“... 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. 162 – 163). Adicionalmente, la acción intentada por la casacionista (curadora de la niña NN) pretende dejar sin filiación precisamente a quien representa, ya que de ser procedente la acción, la niña quedaría desvinculada de un entorno familiar, que si bien no puede estar constituido por quienes la concibieron, existe, lo que no solo le garantiza la posibilidad de exigir, eventualmente, derechos de orden material, sino también de desenvolverse en un hogar que le proporcione afecto, seguridad y protección, y que promueva su desarrollo integral como ser humano, por lo que bien hizo la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas al desechar la acción en aras de proteger el interés superior de la mencionada niña, interés

superior consagrado por la Constitución Política de la República, en el artículo 44, desarrollado por la normatividad prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 11 y sustentado por el Derecho Internacional, especialmente por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobado en 1989 y ratificado por casi todos los países del orbe, con excepción de los Estados Unidos de América y Somalia, cuerpos legales e instrumentos que garantizan a los niños, niñas y adolescentes los derechos a la integridad física y psíquica; a la 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; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuere perjudicial para su bienestar (Art. 45, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador), y por cuyo cumplimiento el Estado debe velar, a través de todas sus instituciones. Tanta es la importancia que se otorga a los derechos de este grupo de atención prioritaria, que está integrado por los niños, niñas y adolescentes, que la legislación del país que tiene relación con éste, en una suerte de benéfica confabulación proteccionista, apunta a su bienestar, que usualmente encuentra su apogeo en el medio familiar, esto es junto a quienes son (de manera prioritaria) o, a su falta, a quienes conoce como sus padres. De ahí que la acción de impugnación de la paternidad le pertenece al marido, a sus herederos y en general a toda persona a quien la pretendida paternidad del hijo causare perjuicio actual (Art. 237 del Código Civil); y, la acción de impugnación de la maternidad le corresponde a la que pasa por ser madre, o su marido para desconocer al presunto hijo y a los verdaderos padre o madre, para reconocer al hijo y conferirle a él o a sus descendientes, los derechos de familia en la suya (Art. 261 *ibidem*), acciones que, como se ve, en ninguno de los casos le pertenecen a las y los hijos y tienen por objeto establecer la verdad biológica sobre la filiación de una persona, pero nunca podrán conducir a privar de la filiación a la una persona, a pedido propio, para obtener como resultado quedar en la condición de expósita y ser entregada a una casa asistencial, sin que medie prueba alguna de que sea eso lo que conviene atendiendo a su interés superior, conforme es la intención de la recurrente, en el caso sub iudice.

6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa el fallo dictado por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, el 29 de junio de 2010, las.- (sic). Sin costas ni honorarios que regular. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada

en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012.- Léase, notifíquese y devuélvase.

f) **Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional. Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional.**

II

Juicio nro. 0253-2012

Resolución nro. 0318-2012

Juicio de restitución internacional de un menor de edad propuesto por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Evelyn Lisseth Vega Mora.

SÍNTESIS:

La Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia desecha el recurso intentado por cuanto, no se aprecia violación alguna en el fallo recurrido. Los derechos del padre del menor, como los del mismo niño, se hallan incólumes y no han sido violentados. Se ha velado por el cumplimiento de los convenios internacionales en protección infantil, así como la Constitución ecuatoriana.

AUTO RESOLUTORIO

JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CUENCA. 254-11. Cuenca a 7 de noviembre de 2011. Las 08h10.

VISTOS: A fojas 112 comparece SARA OVIEDO FIERRO y manifiesta lo siguiente: Que los nombres de la demandada son EVELYN LISETT VEGA MORA. Que en 1992 Ecuador se adhirió a la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito el 25 de octubre de 1980, cuyo objeto es asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilegalmente en todos los estados contratantes, asegurar que los derechos de custodia lícita que contemplan las leyes de un Estado contratante, se respeten en forma efectiva en los demás estados contratantes. Mediante resolución 14. CNNA-2008 de 8 de mayo de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, a través de la Secretaría Ejecutiva, es el Organismo designado como Autoridad Central de este país, para el cumplimiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediante oficio de 20 de mayo de 2010, ingresa a esta Secretaría Ejecutiva el 7 de junio de 2010 la solicitud de señora Sonia Hauser, de la Oficina Federal de Justicia Suiza, Autoridad Central de ese país, remite a Autoridad Central del Ecuador, el pedido de restitución internacional del niño NN solicitud formulada por el padre del

niño el señor Marco Haltiner y solicita se realicen los trámites necesarios a fin de conseguir urgentemente la restitución de su hijo a Suiza, sobre la base que el niño **(sic)** tenía su residencia habitual en Suiza y había sido retenido de forma ilícita por la señora Evelyn Liseth Vega Mora, madre del niño en Ecuador en abril de 2010. Con fecha 24 de junio de 2010 Autoridad Central del Ecuador, considerando la solicitud de restitución internacional, el niño NN de nacionalidad suiza ecuatoriana, nacido en Suiza el primero de diciembre de dos mil cinco, avocó conocimiento y dispuso, se oficie a la Autoridad de la Dirección de Migración a fin de procedan **(sic)** a informar los movimientos migratorios respectivos y al señor Director Nacional de la Policía Especializada de Niñez a fin de que proceda a ubicar al niño NN y a su madre, Evelyn Lisett Vega Mora, debiendo remitir los informes receptivos de la Autoridad Central del Ecuador. Dicha autoridad en informe de investigación remitido, ubica al niño en la ciudadela Los Rosales y calle Brazil nro. 13 entre España e Inglaterra de la ciudad de Machala. De la información proporcionada el deseo del solicitante era llegar a una solución amigable con la madre del niño para el retorno voluntario a su lugar de residencia habitual. Mediante correo electrónico nos informe que la madre del niño no está interesada **(sic)** en resolver el conflicto de manera amistosa y no hace un **(sic)** propuesta de retorno voluntario hasta finales de febrero por lo que solicita se inicie el procedimiento correspondiente. A fin de cumplir con lo que establece el Art. 7 y 10 de la Convención de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y petición del solicitante, la abogada Katherine Subía funcionaria de la Unidad de Relaciones Internacionales de la Autoridad Central, mantuvo una conversación telefónica con la señora Evelyn Lisett Vega Mora, madre del menor a fin de intentar una devolución voluntaria del niño; sin embargo, tanto telefónicamente como por escrito o **(sic)** supo manifestar que no desea retornar al niño a Suiza. De la información proporcionada por el solicitante a través del embajadas **(sic)** de Suiza en el Ecuador, esta Autoridad Central tuvo conocimiento que la madre se cambió **(sic)** su domicilio que en la actualidad viven **(sic)** Cuenca. De conformidad con lo establecido en los artículos 2, 3, 4, 7, 11, 12, 14, del mencionado Convenio solicita disponer la prohibición de salida del país, como medida cautelar necesaria **(sic)** fin de asegurar durante el proceso la permanencia del niño en el país. Resolver el pedido de restitución internacional del niño NN, presentado **(sic)** por el padre del niño al señor Marco Haltiner. Aceptada la demanda trámite se ordenado la citación al demandado y un informe de trabajo social, el mismo que consta de fojas 114 en el que la trabajadora social ha procedido a la vista el domicilio del niño NN en el que aún se manifiesta que se encuentra el niño bajo la protección y amparen **(sic)** de su madre desde el mes de abril del 2010 que inicialmente se han radicado en Machala a el **(sic)** niño asistió al Jardín de Infantes Los Rosales, cuando terminó el año escolar y que por mejores ofertas de trabajo para su madre se cambia con su hijo a vivir esta ciudad de

Cuenca. **(sic)** Manifiesta que el niño se encuentra en contacto con su Padre mediante el Internet por SKYPE en los días de lunes a viernes de 13 a 14 horas, los fines de esta **(sic)** semana salen de paseo y realizan otras actividades. Manifiesta que su hijo recibe un bono del Estado por el valor de 200 francos que ha pedido a su esposo le haga llegar pero sólo lo ha hecho en tres veces la ayuda económica para su hijo; con relación **(sic)** la educación no está asistiendo a ningún centro educativo porque se encuentra por finalizar el año escolar en la sierra para el año entrante; está preocupada buscando **(sic)** un centro educativo y ha ingresado a estudiar idiomas alemán durante una hora en la Universidad Panamericana por un valor de 1.250 dólares al año. En cuanto a la salud es normal, tiene atención médica, su alimentación es normal, buen apetito, en la casa tiene espacio para jugar y realizar esparcimiento. Observa al niño sociable en con **(sic)** un aspecto personal bueno muy ligado su Madre **(sic)**, no quiere separarse de ella; su madre explica que esa actitud se debe al temor que presenta porque su padre viajó y piensa que ella también lo hará, pese a ello se denota una buena relación familiar; el niño expresa que habla con su Padre, no tiene dinero por eso no puede viajar, que su Padre le ha prometido que cuando tenga dinero va a venir a visitarle. Que le gusta jugar con la computadora. La madre tiene la ocupación del **(sic)** comerciante desde hace tres meses ha formado su propia empresa de venta de artículos ortopédicos colombianos. El grupo familiar conforma la madre de su hijo, su hermana, su cuñado y dos niños de 9 y 15 años. La vivienda está ubicada en la xx, se observa una casa de construcción moderada, una planta de una guardilla, dispone de servicios básicos, se evidencia comodidad y confort. La madre y el niño ocupan la guardilla. Con respecto a la situación económica la madre refiere que tiene un ingreso de 400,00 dólares mensuales y tiene el apoyo de su familia la con quienes **(sic)** ha formado un hogar. De la entrevista la madre se refiere que no ha comenzado ningún trámite en respecto de su hijo **(sic)** que su situación matrimonial no ha sido buenas, **(sic)** desde que nació su hijo, iniciaron los problemas, su esposo tiene problemas psicológicos le gusta comprar artefactos, y que se torna un problema financiero, incluso le ha tratado con dureza, no le tenía aprecio por el origen sudamericano, tiene la idea de ser superiores, con pensamiento racistas **(sic)** hacia las personas de otras nacionalidades. Su esposo le decía que su hijo debía estudiar a **(sic)** una escuela privada, jamás le escuchó razones; manifiesta que sus suegros le compraron un departamento y apoyaban en sus finanzas que tenían tres carros todos financiados y por pagar; que las deudas empezaron a aparecer y se desbordaron rebasando sus ingresos por que su esposo realizaba las cosas reservadamente, nunca le consultó, incluso realizaba compras de enseres de la casa poniendo a nombre de terceras personas, adquiriendo cosas innecesarias; que ella acudió a la Policía a recibir información donde le manifestaron que ella también era deudora, disponiendo de una cuenta compartida y que el dinero estaba limitado a pesar que ella también trabajaba, devolvió uno de los autos porque no tenía como

pagar además que su esposo lo perturbaba psicológicamente, **(sic)** que estas desavenencias continuaron y ella descubrió que su esposo en el Internet estaba contactando para realizar un intercambio de parejas utilizando sus fotografías e incluso o de la familia, generando fuertes discusiones que ocasiona una separación; que intervino la familia de él con una actitud agresiva y frente al niño y amenazaron con quitarle a su hijo, pidió ayuda un profesor de la localidad, **(sic)** se anuló un viaje a Ecuador, que se calmaron las cosas y nuevamente en el mes de febrero a marzo del 2010 descubre a su esposo que insistían **(sic)** realizar el intercambio de parejas y ella no aceptó, hasta que el fijó la segunda fecha del viaje a Ecuador marzo del 2010, que permanecieron juntos tres semanas, ella le conversó a su familia, y lo que provocó una reunión familiar con su esposo y ella decidió no regresar a Suiza por las razones indicadas, su esposo viajó solo prometiéndole regresar al Ecuador trayendo el menaje de la casa aprovechando el apoyo que brinda el gobierno nacional con su plan de retorno para el migrante, no cumplió con su palabra y ha llegado a tener conocimiento que su esposo ha iniciado los trámites de recuperación de su hijo, que lo ha realizado en silencio, que quiere a su hijo para darle una mejor vida educación, bienestar porque en este país el hijo no tendrá un buen futuro manifiesta que él quiere estar cuidado de su hijo así como su familia. **(sic)** De las conclusiones del informe la trabajadora social ha concluido que el niño NN, tiene cinco años y tres meses nacido en Suiza, pero que vive bajo el techo y amparo de su madre denotándose que existe una relación familiar permanente segura y efectiva, su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento de sus obligaciones personalmente y con el apoyo de su familia para mejorar el bienestar y desarrollo de su hijo, la vivienda es facilitada y habitan seis personas, presta las garantías para ello su economía se basa en el trabajo de la madre y está en contacto el niño con su padre vía Internet. La madre en hace **(sic)** hincapié que su situación conyugal no ha sido buena que su esposo, tiene problemas psicológicos es comprador compulsivo por lo que existen desavenencias familiares algunas incluso en presencia del niño, que existe discriminación, falta de fidelidad y que jamás escuchó las razones de ella y que ahora se sienten tranquilos, protegidos con toda clase de cuidados y atención inherente al estado general del niño. A fojas 120 comparece la demandada y se dan por legalmente citada **(sic)** por lo que se convoca a audiencia de conciliación a la misma que comparecen actora, la demandada, y el padre del niño a través de su procuradora judicial, la contestación de la demandada por parte EVELIN LISETT VEGA MORA lo hacen los siguientes términos: **(sic)** Que respondo a los nombres de Evelyn Lisett Vega Mora de 28 años de edad, de estado civil casada, de ocupación profesora y con domicilio en la ciudad de Cuenca. 2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho plasmados en esta injusta ilegal e infundada demanda seguida en mi contra por la parte actora en la calidad que lo ha hecho. 3. No me allano con ninguna nulidad procesal ya que en el presente trámite no se está siguiendo el

debido proceso por lo que me reservo el derecho de seguir las acciones constitucionales pertinentes. 4. Improcedencia de la acción pues se están violentando expresas disposiciones contempladas en tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, como en la Constitución Política de la República y en el propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 5. Falta de derecho para presentar esta demanda pues se la hace al amparo de las disposiciones constantes en la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores lo cual en especie jamás ha existido ni existe tanto más que mencionado **(sic)** tratado internacional en su propio artículo 3 en relación con el artículo 5 define claramente que debe entenderse por traslado o retención ilícita de un menor y que en la presente causa demostrare **(sic)** a cabalidad las mentiras y contradicciones en los fundamentos de la demanda. 6. De igual manera improcedencia de la acción pues al haberse fundamentado la demanda en una convención internacional que trata sobre sustracción de menores, esta no es la vía judicial pertinente para presentar tal reclamo pues me permito recordarle que según el diccionario jurídico consultor magno dice que se entiende por sustracción de menores "Al delito que consiste en sustraer a un menor, de determinada edad, de poder de los padres, tutor o persona encargada de él y detenerlo u ocultarlo" en mi caso, aparte de que ninguno de las condiciones anteriormente expuestas se ha cumplido, en el supuesto caso, no concebido y jamás aceptado que ese allá **(sic)** sido mi proceder, tenía que presentarse la acción legal o judicial ante los organismos competentes que investigan y juzgan delitos y establecer en primer término si en efecto hay delito de mi parte. 7. Debo recordarle a la parte actora que soy la madre y representante legal de mi hijo NN, por lo que al tener tal calidad ni de lejos se me debe considerar como una persona extraña que ha cometido un ilícito, esto de conformidad al artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia y al artículo 28 del Código Civil ecuatorianos, tanto mas que es necesario aclarar que mi hijo goza de doble nacionalidad. 8. En relación a lo anterior debo expresar mi total descontento e indignación por esta demanda presentada en mi contra pues se me está considerando como una delincuente cualquiera acusándome de que he cometido un ilícito como es la sustracción de un menor cuando la realidad de los hechos son totalmente ajenos a lo plasmado en la demanda presentada por la representante legal del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y más aún con las peticiones y documentación remitidas desde Suiza por sus autoridades a quienes mi esposo les ha mentado, olvidándose por completo en nuestro Estado Constitucional de derechos y justicia existe la presunción de inocencia establecida en las garantías básicas del derecho al debido proceso del artículo 76 de nuestra Carta Magna. Por ello en el presente proceso judicial amparándome en el legítimo derecho a la defensa demostraré fehacientemente la realidad de los hechos y los motivos por los cuales nos quedamos en Ecuador pues fue una decisión tomada en conjunto con mi esposo y padre del menor NN, quien se comprometió a regresar al Ecuador

en agosto o septiembre del 2010 para iniciar una nueva vida con un negocio propio apoyados por el Gobierno nacional con el plan de retorno para emigrantes y alejados de la vida europea que tanto daño nos ha causado exponiéndose a peligrosos daños psicológicos tanto a mí como a mi pequeño que será demostrado oportunamente. Repitió (**sic**) señor Juez no soy una delincuente no me he estado escondiendo de nada ni de nadie ni mucho menos ocultando a mi hijo todo el tiempo mi esposo tubo y tiene el conocimiento en donde vivía y en donde vivo actualmente, en todo momento le he comunicado mis actividades diarias y la de nuestro hijo que se ha comunicado de manera constante con él a través del Skype y vía telefónica manifestándole de manera constante que el pequeño se encuentra muy bien que ha realizado nuevas amistades que se lleva muy bien con su familia y que el próximo 5 de septiembre está por iniciar el año lectivo en la escuela xx, que goza de buena salud y que le gusta la ciudad de Cuenca, todo lo cual se encuentra plenamente ratificado en el informe presentado por la trabajadora social designada por el Juzgado la licenciada Nancy Gavilánez Pando, y en donde sus conclusiones son contundentes con lo que fácilmente se llega a la conclusión que sus derechos constitucionales y legales no han sido vulnerados 9. Para concluir únicamente debo manifestar que no es necesario que se dicte una medida cautelar de prohibición de salida del país o cualquier otra, pues como dejé indicado en líneas anteriores soy una madre de familia que busca el bienestar de su hijo y no una delincuente por lo que me opongo a esta petición de restitución internacional de mi hijo y solicito a su vez que en su resolución declare sin lugar esta demanda amparándose para ello en las disposiciones plasmadas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la Constitución, y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los propios Convenios de la Haya y de manera especial a lo referente al Principio Universal del Interés Superior del Niño tanto más que con mi hijo estamos viviendo por más de un año cuatro meses y mi hijo se adaptado a plenitud en esta ciudad y en este país. Doy de esta manera contestación a la demanda y las notificaciones las seguiré recibiendo en la casilla judicial 451, y autorizo a la abogada Marcela Sánchez Álvarez y al doctor Henry Merchán Palacios para que de manera individual o conjunta me representen en esta causa. Se escucha a (**sic**) Consejo Nacional de la Niñez, quien se ratifica en los fundamentos de la demanda y luego al padre del niño quien requiere su regreso a Suiza, a través de su Procuradora Judicial y se manifiesta en la siguiente forma: me ratifico y me adhiero a los fundamentos de hecho y derecho de la demanda presentada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia quienes con el afán de velar por el interés superior de mi hijo ante la retención ilícita efectuada por su madre ha planteado la presente demanda con el fin de garantizar la restitución del menor a su país de origen, país además en el cual ha vivido desde su nacimiento y hasta hace aproximadamente un año el Ecuador es signatario de diversos convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de los menores,

como son la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Haya sobre aspectos civil, (**sic**) de Plagio Internacional de Menores etc., estos convenios establecen y garantizan los derechos de los menores los cuales son de orden público irrenunciables intransigibles, indivisibles, etc. Por lo tanto lo que busca el convenio fundamento de la presente demanda es la restitución de mi hijo para que sean las autoridades judiciales administrativas de Suiza las que determine los aspectos de fondo relacionados a la custodia régimen de visitas derecho de alimentos de mi hijo el convenio promueve a que los estados parte del mismo velen por que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad sin que exista autorización judicial que así lo determina en el presente caso no se ha configurado la aceptación de mi parte para que el niño sea retenido como se lo ha hecho de manera ilegal, al haber conformado mi esposa y yo una pareja mixta de diversa nacionalidad y que por cuestiones ajenas al presente proceso ella allá (**sic**) tomado la decisión de permanecer en su país de origen y retener ilegalmente a mi hijo por su sola decisión y en el fondo de su elección configura una retención ilegal por tal circunstancia al ser el progenitor desposeído de mi hijo, por su retención ilícita me encuentro físicamente fuera del ámbito de acción de las autoridades que por ley estaría (**sic**) obligadas a establecer las cuestiones de fondo relacionadas con mi hijo que ha sido privado de su residencia habitual, la madre lo que busca con este actuar es la utilización de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con el fin de obtener su custodia y es eso lo que precautela el convenio en el que se fundamenta esta acción, la resolución definitiva sobre la custodia del menor es de competencia natural de los jueces de su residencia habitual por lo que el Convenio de la Haya busca obtener el restablecimiento de los derechos del menor, mediante su restitución al país de origen que ha sido retenido ilícitamente en el Ecuador con la finalidad de evitar laceración por vías de hecho de un vínculo artificial de competencia judicial internacional, que propicia la obtención de la custodia del mismo, estos hechos serán probados en el momento oportuno solicitando desde ya se conceda la restitución internacional de mi hijo a Suiza por lo que además manifiesto que estaré dispuesto a cubrir los costos del retorno de mi hijo y su madre se generen por tal motivo. Convocadas las partes a audiencia de prueba en la misma se (**sic**) despachado las pruebas que han sido debidamente anunciadas, se ha oído de forma reservada al niño por lo que siendo el estado de la causa el de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Que se ha seguido el trámite establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, sin que exista omisión de solemnidades y soy competente para conocer el presente proceso en virtud del sorteo de ley. **SEGUNDO:** A fojas 54 y 81 consta el trámite de restitución internacional en el país emitido por el Consejo Nacional de la Niñez, por el que se inicia el proceso en fecha 24 de junio de 2010, mediante auto de inicio del trámite de restitución del niño NN, en base al Convenio de la Haya (**sic**) sobre los aspectos Civiles de la Sustracción

Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, la Autoridad Central manifiesta que de la documentación que se remite se desprende que el niño ha tenido su residencia habitual en Suiza, presumiéndose por la denuncia del padre que está siendo retenido en forma ilícita en el Ecuador, desde abril de dos mil once; que no existe resolución judicial que atribuya la custodia del niño a ninguno de los progenitores, y que de acuerdo a la legislación Suiza la patria potestad corresponde a ambos progenitores y se ordena las diligencias para la investigación con el fin de determinar el lugar en donde se encuentra el niño. A fojas 97 consta el formulario de requerimiento el mismo que no se encuentra en nuestro idioma oficial el castellano, ni en ninguno de los idiomas oficiales del Convenio conforme lo dispone el art. 24 del Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (inglés o francés) al parecer viene en idioma portugués, incluso en los puntos cuatro y cinco no se hace constar las circunstancias, razones de hecho que justifiquen el requerimiento, ni la existencia de resolución o de norma de derecho que determine que la custodia es compartida o que no puede ejercerla solamente su madre y que justifique el requerimiento; a continuación del mismo consta una narración de los hechos; sin embargo, el mismo no está suscrito por ninguna persona y de fojas 102 a 105 copias simples sin traducción de datos de la demandada, el requirente y el niño, mismos que para su mejor comprensión y valoración han sido ordenados de oficio su traducción la misma que obra de fojas 213 a 229 de los autos. A fojas 67 a 71 y 106 a 110 de las copias simples de normativa en idioma francés e inglés, sin certificación, no contiene sellos o firmas, su traducción de oficio consta de fojas 227 a 229. Analizada la documentación remitida, por parte del Autoridad Central Suiza no cumple con lo dispuesto en el Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, esto es que conforme el Art. 8, la solicitud debe contener ciertos requisitos; la mencionada solicitud de requerimiento no se encuentra en el idioma oficial de nuestro Estado, ni del convenio (inglés o francés Art. 13), no consta los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución internacional y no se acompaña copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinente; o conforme al numeral f) una CERTIFICACIÓN o declaración juramentada expedida por la Autoridad Central o autoridad competente del Estado en donde tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en materia de dicho Estado. Como se ha mencionado al respecto se remiten solo copias simples en idioma oficial del convenio de las normas civiles; es decir, no se encuentran debidamente certificadas por parte de la Autoridad Suiza que hace el requerimiento, conforme las normas del convenio artículo 8 y esto en relación con las normas procesales contenidas en nuestro Código de Procedimiento Civil artículo 189, esto que si fundamenta en el derecho de una ley extranjera, la presentará autenticada, en el presente caso en la forma señalada en el Convenio. La Autoridad Central de nuestro país conforme del artículo 27 del

Convenio (**sic**) es la encargada de velar por las solicitudes tengan un fundamento y se cumplan con las condiciones requeridas en el convenio, ha omitido esto en la fase que le correspondía; es decir, no solicitó certificaciones, ni solicitudes en el idioma oficial o cumplió con realizar una traducción de los mismos para que el fundamento sea claro y comprensible para la misma autoridad administrativa y para la requerida. Tampoco la Autoridad Central ha solicitado su traducción dentro de este proceso administrativo, es decir el Consejo Nacional de la Niñez inicia un proceso de recuperación, sin que conste la documentación traducida a nuestro idioma oficial, esto es el castellano conforme el art. 2 de la Constitución, esto es si bien parte de la misma vino en uno de los idiomas oficiales del convenio, la misma previo cualquier acción debía ser traducida a nuestro idioma, con el fin de que las mismas autoridades, conozcan exactamente su contenido y fundamento, puedan cumplir con las obligaciones del convenio (**sic**) contenidas en el artículo 24 y 27 del Convenio de La Haya de Restitución Internacional de Menores y sobre todo en cumplimiento de una garantía del debido proceso conforme normas constitucionales del Art. 76 numerales: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Y f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. Es decir el proceso administrativo se inició aún con documentación y solicitudes que no se encuentran en nuestro idioma e incluso tampoco en el idioma oficial del Convenio viola las disposiciones constitucionales del derecho a la defensa de la ciudadana ecuatoriana requerida, si bien no ha sido alegada por ella, estos derechos, constitucionales son irrenunciables conforme el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución. Ya llegada a fase judicial, la documentación presentada no cumple con los términos del Convenio, por lo que no puede ser admitida conforme lo dispone el mismo Convenio en el artículo 30 aspecto del cual es responsable la Autoridad Central quien no ha cuidado que el proceso esté debidamente fundamentado, no siendo esto un mero formalismo, sin que tampoco se exija legalización ni otras formalidades más que las que impone el mismo Convenio, siendo por tanto un aspecto sustancial que garantiza el mismo fundamento jurídico del proceso, esto es el derecho sobre el que ostenta la naturaleza misma del Convenio, la custodia del niño que se reclama; si bien el artículo 14 del Convenio manifiesta que las autoridades no pueden solicitar procedimientos concretos para probar la vigencia de la legislación para este caso concreto y pueden aplicar directamente la misma sin necesidad de

reconocimiento formal, se hace necesario que la solicitud contenga los requisitos mínimos que establece el mismo Convenio para entender el fundamento jurídico y sobre todo la certeza de una correcta interpretación al caso que se presenta de una norma extranjera, al respecto la doctrina manifiesta que “la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a saber quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante (letra f). Así pues, además de las autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas” tomado de “La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y doctrina” Revista Legislativa de la Comisión de la Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 nro. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007, pág. 45. Del análisis de las demás (sic) documentación del trámite administrativo, consta a fojas 13 un acta de intento de devolución voluntaria o solución amigable, en el que la demandada manifiesta claramente su negativa ante la petición, manifiesta la existencia de problemas conyugales, principalmente de vida íntima de la pareja como con su familia política y otros problemas de adaptabilidad en Suiza. Manifiesta que su esposo, aceptó vivir en el país y solo se regresó para la venta de sus muebles con el fin de radicarse en el país en julio a agosto. Manifiesta que el niño se encuentra adaptado al país y por ello no acepta el regreso a Suiza. A fojas 22 a 27 consta la investigación policial, en donde se receipta la versión de la demandada, que confirma los problemas enunciados anteriormente, y manifiesta así mismo que vinieron al país de vacaciones, pero por acuerdos entre la familia, su esposo se regresó a Suiza dejando a su hijo voluntariamente en el país a su cuidado y que el regresará luego de cuatro meses. En ese momento se encontraba la requerida viviendo en la ciudad de Machala. Consta así mismo documentación de migración de la demandada, el requirente y su hijo de su entrada al país, un certificado a fojas 39 de votación de la demandada empadronada en Europa, Suiza Berna; de fojas 44 consta un certificado de la Policía que la demandada no registra antecedentes penales; a fojas 45 que el niño consta con una buena salud; a fojas 46 a 49 de la documentación de identificación del niño y su madre, el niño consta con nacionalidad ecuatoriana nacido en Suiza. A fojas 111 consta la tarjeta índice del niño NN como nacido en Suiza y de nacionalidad ecuatoriana. **TERCERO:** De la prueba evacuada, la demandada en su confesión judicial manifiesta que ella, con su esposo e hijo vivían en Suiza, que se encuentra casada con Marco Haltiner, que su hijo es esa nacionalidad

(sic) y residía en este país por cuatro años y medio, que para venir al Ecuador compraron pasajes ida y vuelta, en razón de una promoción ya que salían más baratos, que el demandado le dio la custodia de su hijo verbalmente. De la prueba documental presentada por el requirente consta una traducción de fojas 132 del grupo de juego del niño, en donde se manifiesta por parte de la Directora manifiesta (sic) que el niño participó desde agosto de 2009 a marzo del 2010, dos veces por semana y por dos horas, con siete niños, que el niño confiaba en los otros niños y la Directora, se mostraba adaptado, no peleaba con otros niños. De fojas 135 consta la traducción del documento de fojas 136 en donde se manifiesta que la Directora de la Escuela certifica la reserva del cupo del Jardín de Infantes para el año lectivo 2011-2012 que inicia el 16 de agosto de 2011. A fojas 138 un documento que certifican (sic) que el requirente labora desde el 1 de julio de 2009 a tiempo completo como asesor de clientes en Visana Services AG. Oficina de Soluthurn. Manifiestan se trata de una persona servicial, amable, consciente de sus responsabilidad. Con lo que demuestra que el niño se encontraba hasta antes de venir al Ecuador en Suiza y que su padre trabaja. De fojas 151 y siguientes consta la prueba documental presentada por la demandada, y se traban (sic) de recibos de envío de dinero del señor Marco Haltiner a la demandada por valores de 400, 300 dólares, desde enero de 2011 hasta agosto de 2011, desde Suiza. Facturas del Centro Educativo xx donde se encuentra matriculado y pagando las mensualidades, útiles escolares, una factura de la Universidad Panamericana por un contrato de tutoría de Alemán por el valor de 250 dólares, uniformes, recibos de servicios básicos. Copia del RUC de la demandada. Con lo que se demuestra que el niño se encuentra estudiando en el sistema escolar regular y además aprende idiomas (alemán) que se encuentra viviendo en una casa por el sector de xx, que su madre tiene un negocio propio de importación de productos ortopédicos y por lo tanto que se encuentran acomodados y establece en la cuidad. (sic) De la confesión del requirente Marco Haltiner, analizada conforme lo dispone el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil para su valoración se toma en cuenta con las circunstancias que le rodean en este caso, con la prueba documental presentada se desprende que la actora abrió su Registro Único de Contribuyentes RUC, para la venta de artículos ortopédicos, en fecha 09 de abril de dos mil diez, esto es cuando el requirente se encontraba en el país, y una solicitud dirigida al Gerente General de Corporación Aduanera Ecuatoriana en fecha 15 de abril de 2010 con el fin de que le autorice registrarse como Operador de Comercio Exterior, importadora por primera vez en el SICE. Del movimiento migratorio de MARCO HALTINER, el requirente se desprende que el arriba al país, al igual que su hijo y su esposa, la demandada en fecha 27 de marzo de 2010 y sale el 15 de abril de dos mil once, esto es que cuando realizó el trámite del RUC para inicio de actividades el demandado se encontraba en el país; la actividad es para realizarla en el país y a nombre de la actora. **CUARTO:** Con respecto a las impresiones de correos

electrónicos, se (**sic**) las que se han solicitado una traducción, para que el documento electrónico sea considerado un medio de prueba conforme el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, es necesario que esté en soporte electrónico y material (informático) sea transcrito en papel (impreso) y además es necesario proporcionar los elementos materiales electrónicos o informáticos necesarios para su lectura y verificación; Práctica de la prueba. la prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes: a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos. En el presente caso no se ha agregado su soporte informático, y tampoco remitido los medios necesarios para determinar su existencia. El demandado ha negado su validez; sin embargo, no ha probado conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros. (“Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica” artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico) si bien el requirente lo ha alegado; sin embargo, no lo ha impugnado mencionando que los mismos carezcan de seguridades, y deben ser probados por quien los alega; sin embargo, tampoco se ha cuidado la integridad del mensaje, para lo cual se deberá contar con un sistema que proteja de cualquier alteración al mensaje original (Esto se puede hacer con una tecnología denominada función hash [resumen de mensaje], que es un software que utiliza métodos criptográficos fuertes de 160 a 128 bits. Es análogo a una “suma de control” [checksum] o a un código de control de errores CRC [Cyclic Redundancy Checksum, Suma de Control de Redundancia Cíclica], en el sentido que representa de modo compacto el mensaje y es usado para detectar cambios en el mismo. Esta función se puede aplicar con un software adicional o está incluido en las funciones de firma electrónica simétrica como es el PGP. Cita tomada de la Tesis “El Control del Correo Electrónico y los Derechos de los Trabajadores”. Previa a la obtención del grado de Magister en Derecho Informático de la doctora Mónica Jara Villacís, Universidad de Cuenca, año 2010. Citado por Tomado de Guía del Usuario Versión Gratuita PGP for Personal Privacy Versión 5.5 de Netwok Associates, Inc. <http://www.nai.com>) y de esta forma manteniéndolo completo, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, requisito denominado de originalidad, establecido en el art. 7 de la Ley mencionada; los correos no tienen una firma electrónica o digital que posea un certificado emitido por la entidad correspondiente y esté protegido con un código hash que es un software que utiliza métodos criptográficos y es usado para detectar cambios en el mismo; tampoco se ha solicitado la intervención

de un perito informático para comprobar su integridad y originalidad. De igual forma es necesario cumplir con los requisitos para su conservación, detallados en el artículo 8 del mismo cuerpo legal, por lo que se volverá importante demostrar tanto el contenido del documento así como establecer el origen del mensaje, información que generalmente se establece en las cabeceras de los email, lo que podrá ser clarificado para el entendimiento del juez o autoridad de forma imparcial. En armonía con este punto, no debemos olvidarnos de solicitar la intervención de un perito calificado y acreditado para el análisis técnico y tecnológico del documento electrónico que ayude al juez a valorar en forma correcta la prueba, según lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Comercio Electrónico “Valoración de la prueba. La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidas. Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas”. En el presente caso no se ha procedido a designación de perito de oficio por parte de la suscrita, en razón que la prueba fue presentada de forma incompleta, esto es que solamente se presentó la impresión de los documentos electrónicos y no en formato original (electrónico en un soporte para ello), por lo que resulta inocuo contar con un perito ya que no va a poder realizar una verificación técnica en razón que no cuenta con la información desmaterializada, esto son los correos electrónicos en su formato original para comparar aspectos técnicos que permitan tener la certeza de su integridad y originalidad de los mensajes y que estos realmente salieron del correo del requirente y llegaron al de la demandada. Además el artículo 66 numeral 21 de la Constitución establece “El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este Derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación”. Dentro de la doctrina constitucional, el derecho de inviolabilidad de correspondencia, busca la protección del peligro de atentados contra otro tipo de derechos, así mismo del rango de fundamentales, se habla de la protección contra la libertad, tanto de acción como de libertad de pensamiento y sus manifestaciones extrínsecas, que tienen dos o más personas que se comunican por este medio en todas sus formas, es decir el pensamiento político, religioso, sexual, de creencias, etc. Otros consideran que protege la intimidad, ya que en la correspondencia se imprimen los más internos sentimientos, los relatos de la vida privada, familiar, confidencias, las mismas que al ser

reveladas podrían causar atentados contra el honor y buen nombre así como grandes conmociones sociales para el individuo que expresa e incluso para quien recibe. Este derecho no solo protege a un sujeto, sino a dos o más sujetos en un mismo momento, conforme la dinámica de la correspondencia epistolar y electrónica, esto es al remitente y al o a los destinatarios, tanto en el ejercicio de su libertad o a la reserva de la intimidad, es por ello que también este derecho protege otros derechos tales como el de no discriminación, derechos económicos, el honor, a la imagen, etc. El principio protegido por tanto implica no un solo derecho desde mi punto de vista, es decir no solo la libertad, o a la intimidad; sino más bien, es un principio de protección intermedia por el peligro que puede suponer su vulneración frente a otros derechos que del contenido mismo del correo puede afectarse, esto por que como vemos los contenidos son indeterminados, para su protección; es decir, no importa lo que diga o muestre (conforme sea lenguaje escrito, imágenes, sonidos) es decir la información en sentido general para que éste sea inviolable o secreto, sino solamente se protege frente al peligro que genera su vulneración o revelación. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, en el art. 199 dispone lo siguiente: “Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba”. Esta disposición puede afectar la valoración de los correos electrónicos si son dirigidos o realizados por terceros como en el presente caso. La Constitución también establece en el artículo 76 entre las garantías del debido proceso que. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Por lo que las mismas una vez traducidas y con la certeza que se tratan de impresión de correos electrónicos, dirigidos por terceros y sobre asuntos íntimos no se proceden a su valoración por las razones indicadas. **QUINTO:** Analizada la prueba en su conjunto se puede colegir que el niño, su madre y padre residían antes de su llegada a nuestro país en Suiza, se ha probado que llegaron toda la familia junta y permanece en el país, hasta que el padre viaja de vuelta a su país natal Suiza el 15 de abril de 2010, y que en fecha 19 de mayo de 2010 su padre empieza con un trámite de recuperación internacional solicitando ante la Autoridad Central de Suiza, esto es a más del mes cuatro días, pese a que su padre manifiesta en el proceso que la madre solamente un día antes de su partida a Suiza le manifestó su deseo de permanecer en el país; es decir, el padre pese a que conoció aproximadamente el 14 de abril de 2010 que no regresaría su hijo a Suiza, no presentó reclamo alguno a autoridad en este país de la decisión que según él había tomado solo la madre, peor inmediatamente al llegar a su país, sino que espera más de un mes para iniciar su reclamo, lo que no es lógico pese a que él manifiesta que desde un principio manifestó su malestar y desacuerdo con la decisión de su esposa de radicarse en este país. Por su parte la requerida Evelin Vega justifica que el tiempo que su esposo estuvo en el País, ella ya obtuvo un RUC para iniciar actividades comerciales

en el país, esto es el 9 de abril de 2010, que denota que ella desde antes del viaje de su esposo ya empezó a preparar la permanencia en este país, y mantiene ella la versión que fue una decisión de pareja y que el regreso de su esposo a su país de origen Suiza se debía a arreglos para vender sus cosas allá y utilizar los programas de retorno del migrante para residir en este país y por lo tanto la permanencia del niño en el país al parecer fue autorizada de forma verbal por el padre y tácitamente consentida hasta que él decide pedir su recuperación. Además en todo el proceso la madre del niño, pese a las circunstancias, ella no ha ocultado al niño, ha acudido a todas las audiencias, ha colaborado con las investigaciones, ha dado contestación a los requerimientos realizados, sin que se demuestre mala fe procesal. De la investigación realizada por parte de la Oficina Técnica del Juzgado, con respecto a la situación del niño NN, en su entrevista manifiesta que su padre le ha prometido venir al País, que él o sea el niño, está en comunicación constante con él; sin embargo, no se le ha explicado de la verdadera situación en la que se encuentra por parte de su progenitor, pese al tiempo que ya ha transcurrido desde la separación, con el correspondiente tacto y con información suficiente acorde a su capacidad, tomando en cuenta su opinión y sobre todo el respeto de sus sentimientos; hecho que ha traído como una consecuencia que el niño siga esperando el retorno de su padre al país (no su partida hacia Suiza para reunirse con él) y por lo tanto el niño no ha encontrado ningún obstáculo (incluso sentimental) para adaptarse al país del que es nacional. Su nuevo hogar que está conformado por su madre y más familiares, hacen de ella un lugar acogedor para el menor pues allí también existen otros niños con los que puede relacionarse, sentirse seguro y feliz; se encuentra estudiando en un colegio particular, además aprende idiomas pese al alto costo que eso representa, vive con la familia de la madre y no se encuentra solo, le permite relacionarse con una gran cantidad de personas lo que es saludable para su desarrollo. Además su condición de nacional, le permite que no tenga una condición migratoria irregular, que le ponga de algún modo en una eventual condición de riesgo, o que no tenga acceso a servicios en igualdad de condiciones que los otros niños de este país, su madre se encuentra trabajando y tiene además el apoyo de su familia. De la audiencia con el niño y sin violar el derecho de reserva de la conversación sostenida con NN, el niño habla y comprende perfectamente el castellano, no se le puede notar por el lenguaje que ha nacido fuera del país, para su edad es un pequeño astuto y entiende con ciertas limitaciones propias de su edad lo que sucede a su alrededor y el proceso legal en el que se ve inmerso. Por lo que un retorno en estas condiciones a Suiza, sin que se tenga la certeza que conforme a sus normas de ese país, la custodia sea compartida entre los dos padres como se ha fundamentado la solicitud y que su retorno le pone en un riesgo psicológico porque el niño se encuentra adaptado e integrado a este medio y en la espera de que su padre regrese a este País; hace que su situación tenga que ser valorado para proteger su interés superior, conforme las normas y principios

que rigen del Convenio de la Haya, que se prenden (**sic**) hacer efectiva; al respecto el señor Dyer, citado en el documento “La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y Doctrina” Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 nro. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007, pág. 15; manifiesta que “en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, “la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores” es el propio menor. Es él que sufre por perder de repente su equilibrio, es él que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida”. En el presente caso el niño es nacional, no es extranjero en este país, habla desde su nacimiento el idioma por ser el materno, se encuentra alojado y viviendo con su familia materna, tiene niños de su edad que le han permitido crear vínculos con ellos y sentirse cómodo en su escuela si bien es nueva, en Suiza el niño no acudía a un sistema regular de educación lo que hace que no sienta efectos porque no sufrió un cambio de escuela, lo que lleva a concluir que la madre a elegido a esta ciudad como su domicilio permanente y por lo tanto le garantiza al niño su permanencia y estabilidad, lejos de los problemas de pareja, que creaban un clima no cálido para el niño, la madre ha buscado escuela, cursos de idiomas, consta de la prueba documental que tiene instalado su negocio y trabaja en él. La opinión continúa del señor Dyer quien manifiesta que “No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia”. Si bien uno de los objetivos del convenio es que la madre en este caso, no se aproveche de la situación de hecho -retención del niño- para forjar un vínculo legal para ejercer jurisdicción y solicitar su custodia (entendida la misma como tenencia en nuestra legislación); el padre pese al tiempo que ha durado el proceso administrativo y judicial, y que conforme a su teoría del caso que no decidieron vivir en el país contrario a lo que manifiesta la requerida, no ha manifestado interés que la custodia del niño sea resuelto por la autoridad que él considera competente, aun conociendo que la relación entre ambos cónyuges se encuentra deteriorada y su separación es un hecho, dándole de esta manera seguridad a su hijo respecto a que legalmente uno de sus padres tenga su custodia y por lo

tanto sus verdadero interés quede protegido, esto en el marco de lo manifestado en las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1979 en el marco de las discusiones que son el antecedente de este convenio “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios” (cita tomada de “La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y doctrina”. Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 nro. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007). Por lo que conforme al literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la suscrita Jueza Temporal encargada del Juzgado Primero de la Niñez y la Adolescencia del cantón Cuenca RESUELVE, negar la restitución internacional del niño NN por las consideraciones anotadas. Se dispone continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes. Se dispone notificarse a la Autoridad Central de Suiza, para que conozca de la resolución ejecutoriada el fallo, el Consejo Nacional se encargará de la traducción del presente fallo a uno de los idiomas oficiales del convenio para su mejor comprensión. **Cúmplase y Notifíquese.**

f) **Dra. Mónica Jara Villacís, Jueza Temporal.**

SEGUNDA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Luis Urgilés Contreras.

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 22 de diciembre de 2011. Las 14h37.

VISTOS: De fojas 237 a 246 de autos comparece MARÍA FERNANDA TORAL CISNEROS, como apoderada del señor MARCO HALTINER e interpone recurso de apelación del auto resolutorio dictado, en el juicio de recuperación internacional nro. 254-2011, por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, el 07 de noviembre del 2011 las 08h10, que en lo principal “RESUELVE, negar la restitución internacional del niño NN por las consideraciones anotadas. Se dispone continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes. Se dispone notificarse a la Autoridad Central de Suiza, para que conozca de la resolución ejecutoriada el fallo, el Consejo Nacional se encargará de la traducción del presente fallo a uno de los idiomas oficiales del convenio para su mejor comprensión. “La actora en el proceso, SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, se adhiere al recurso de apelación, (fojas 247). El recurso de apelación se concede mediante providencia de 11 de noviembre del 2011 las 14h01. La causa se

encuentra en estado de resolver, para lo cual se considera: **PRIMERO:** Esta Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay es competente para conocer y resolver el recurso venido en grado. **SEGUNDO:** El presente juicio ingresa a Secretaría de la Sala y se dispone se ponga en conocimiento de las partes la recepción del mismo, de conformidad con lo que dispone el artículo innumerado 41 de la Ley Reformativa al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, vienen los autos para resolver en mérito a lo que consta del expediente. **TERCERO:** El apelante funda su recurso, en los siguientes términos: 1. La República del Ecuador es signataria de diversos convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de los menores. Ha ratificado la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO; así como la CONVENCIÓN DE LA HAYA sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores. Estos convenios, entre otros, establecen y garantizan los derechos de los menores que según nuestro Código de la Niñez y Adolescencia son de ORDEN PÚBLICO, independientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles (Art. 16). Nuestra Constitución prevé que “Los derechos y garantías determinados en esta 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”. (Art. 11 numeral 3) y que “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; las Leyes Orgánicas (...). En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior...” (Art. 425). Que al respecto, nuestro Código Civil en su Art. 1478 establece que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene al derecho público ecuatoriano; en su art. 9 que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su artículo 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante. Que en el presente caso, la madre del menor asegura que el padre del mismo le confirió la custodia “...de manera verbal...”; es decir, contraviniendo lo dispuesto, entre otros en los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño: “Art. 8.1 Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” “Art. 9.1 Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal

separación es necesario en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...).” “Art. 11.1 Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención de niños en el extranjero.” Art. 16.1 Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra éstas injerencias o ataques”. Que éstos derechos son de orden público, irrenunciables e intransigibles; por lo tanto la custodia o tenencia de menores, adoptada por su madre, sin una orden judicial, es ilegal y con atención al interés superior del menor, éste debió ser restituido a su país de origen para que sean las autoridades suizas las que determinen los aspectos transcendentales y de fondo, como son tenencia, régimen de visitas, alimentación del menor. 2. Los argumentos esgrimidos en la demanda y sostenidos a lo largo del proceso, han sido probados; no así las excepciones planteadas por la demandada y lo sostenido por ella; que existen muchas incongruencias, en lo manifestado por la demandada, que no han sido consideradas al momento de dictar la resolución; por ejemplo, en el informe técnico que consta de autos y se recoge en la sentencia, se manifiesta por parte de la madre: “...Que su hijo recibe un bono del estado suizo por un valor de 200 francos y que ha pedido a su esposo que le haga llegar pero que solo lo ha hecho en tres veces...” sin embargo, presenta como prueba recibos por 400 y 300 dólares enviados por su cónyuge, desde enero del 2011 hasta agosto del 2011; en el informe de la oficina técnica, declara tener una empresa de venta de artículos ortopédicos colombianos, pero en la contestación a la demanda manifiesta ser profesora; dice que su cónyuge no le tenía aprecio por el origen sudamericano, con pensamientos racistas hacia personas de otras nacionalidades, sin embargo ha declarado estar casada por casi siete años y que los problemas conyugales supuestamente recién comenzaron desde que nació su hijo, lo que demuestra que no es verdadero lo manifestado; si el actor fuere racista no hubiera contraído matrimonio con ella ni concebido un hijo a los tres años de haberse casado con ella (una latina). Que desde que se produjo la retención ilícita la demandada y su hijo residían en Machala y posteriormente en Cuenca, en dos direcciones distintas; por lo tanto, a que “estabilidad” o “adaptación” se refiere la demandada y la señora jueza de primera instancia si han vivido en dos ciudades distintas y en tres direcciones diferentes y el menor recién asiste a su nueva escuela desde septiembre del 2011. Que no es coherente ni lógico, que si los problemas conyugales se debían a supuestos trastornos psicológicos del esposo y falta de comprensión la demandada haya aceptado seguir viviendo con él en Ecuador y esperar su retorno en agosto o septiembre del 2010 para iniciar “una nueva vida”, poner un negocio y “vivir juntos”. Que en su confesión judicial manifestó que compraron pasajes de ida y vuelta

(Suiza-Ecuador-Suiza) en razón de una promoción ya que salían más baratos; que es iluso pensar que un pasaje redondo sea más económico que uno de una sola ruta; que existe contradicción en lo manifestado por la demandada y que es ella quien puede causar daños psicológicos al niño que está inmerso en una dura situación legal, de manera innecesaria y caprichosa por las falacias en las que ha incurrido 3. En la sentencia se manifiesta que el menor está adaptado a Ecuador y que "...un retorno en estas condiciones a Suiza sin que tenga la certeza que conforme a sus normas de su país la custodia sea compartida entre los dos padres como se ha fundamentado la solicitud y que su retorno le pone en riesgo psicológico por que el niño se encuentra adaptado e integrado a este medio y en la espera de que su padre regrese a este país; hace que su situación tenga que ser valorado (**sic**) para proteger su interés superior..." Que no consta del proceso justificado algunos de los presupuestos del Art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que dispone como excepción para negar la restitución: "...a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado y retención; o, b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". Que no existe prueba de ningún maltrato físico o psicológico, ni al niño ni a su cónyuge y que el retorno del niño a su país de residencia habitual no puede perturbarle psicológicamente. Que en casos como el presente, se está tratando de conseguir por medios de hecho, de manera "ilícita" el derecho de tenencia. 4. Que en la contestación a la demanda, las excepciones se contraen a negar que la madre sea una delincuente y a sostener que, previo al proceso planteado, se debía determinar que existió la sustracción del menor y, por lo tanto el delito por las autoridades competentes, desconociendo la vigencia del Convenio antes referido. Que estos aspectos no han sido considerados al momento de dictar sentencia. 5. Se manifiesta en la sentencia que el acto no ha requerido la restitución del menor con el fin de que sean las autoridades suizas las que decidan los aspectos de fondo relacionados con la custodia, régimen de visitas y de derecho de alimentos de su hijo; sin embargo, consta del proceso en la demanda y en la adhesión de la demanda que la Procuradora Judicial del actor solicita expresamente la restitución con ese fin; inclusive consta la buena voluntad demostrada por el actor al ofrecer cubrir todos los costos que demande el retorno del menor y de su madre, hasta que la situación legal en Suiza sea resuelta. Con tal motivo, se difirió la audiencia de conciliación del 5 de agosto del 2011 y se hizo ofrecimientos de buscar un acuerdo transaccional. 6. Que la demanda ha sido admitida en marzo 11 del 2011 y que contaba con todos los requisitos que dispone el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo de lo cual, en la sentencia se manifiesta que la demanda no cumplía

con los requisitos del Convenio Sobre Aspectos Civiles en sustracción Internacional de Menores ya que los documentos acompañados no han sido traducidos al castellano y no se ha justificado que la custodia o tenencia del menor la ejercían de manera conjunta los padres, por así prever la ley suiza. 7. Que consta del proceso a fojas 219 a 220 y 227-229, la traducción de oficio de los documentos acompañados a la demanda, y la certificación de la señora Sonja Hauser, autoridad central de suiza para la aplicación del Convenio de La Haya en el que manifiesta: "de acuerdo con el Código Civil de Suiza (CC) los niños están sujetos bajo la custodia de sus padres mientras sean menores de 18 años (Art. 296 CC). Padres que contrajeron matrimonio ejercen la custodia conjunta de sus hijos (Art. 297 para 1 CC). En caso de disolución matrimonial la custodia de los hijos está a cargo de los dos padres hasta que un juez decida lo contrario (Art. 297 para 2 CC). Tener la custodia incluye el derecho a determinar el lugar de residencia del hijo (Art. 301 para 3.CC)". 8. Que la sentencia manifiesta no haberse cumplido, por parte de la Autoridad Central, con lo dispuesto en el Art. 27 del mencionado Convenio que dispone: "Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente convenio o que la solicitud carece de fundamento, una autoridad central no estará obligada a aceptar la solicitud." En el presente caso, la Autoridad Central ha determinado que la petición de restitución cumple con los requerimientos y por ello ha dado trámite a la misma. En el caso, de que la documentación no hubiere sido "suficiente" la señora Jueza debía cumplir con lo dispuesto en el Art. 15 del mismo convenio que le faculta a obtener de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el Art. 3 del Convenio. 9. Que la jueza a quo, al negar la restitución del niño NN, otorga tácitamente la tenencia del menor a su madre y resuelve el aspecto de fondo para los cuales no es competente. 10. Se refiere a la disposición de los arts. 121 y 125 de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia que contempla el derecho de recurrir a los organismos competentes cuando un niño, niña o adolescente haya sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del Código y de las autoridades judiciales. 11. Que la Convención referida contempla una serie de requisitos para su aplicación, entre ellos la necesidad de que se haya producido un traslado o retención ilícita (art. 3) establece que se considerará que el traslado o retención reviste tal calidad: "...Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente, antes de su traslado o retención." Que de la confesión judicial de la actora, la misma ha manifestado, bajo juramento, que la custodia y patria potestad del menor en Suiza y en Ecuador, la ejercían de manera conjunta ambos progenitores; por lo tanto, al no mediar orden judicial y haberse retenido

al niño en el Ecuador dicha retención es ilícita. 12. Que se ha probado que el menor tenía la residencia habitual en Suiza, nació allí y vivió durante toda su vida. Que es sabido que: “La residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico a diferencia del domicilio de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias...”. 13. Que se ha tratado de forjar como verdad que por el hecho de que la madre ha obtenido un Ruc en el Ecuador, en los últimos días de permanencia del padre del país, este asintió a que el menor podía quedarse. Que no se ha probado que el padre conocía tales hechos, que a él se le indicó que era para efectuar un negocio en el Ecuador a través de los padres de la demandada, y que la víspera del viaje, esta manifestó que no retornaba a Suiza, que el debió hacerlo solo por sus obligaciones laborales, sin consentir que su esposa e hijo decidan radicarse en el Ecuador. Que la decisión de fijar la residencia en Ecuador, de la madre y del menor, fue efectuada de manera ilegal, ya que ella no contaba ni cuenta con autorización judicial que le otorgue la tenencia o custodia del menor. 15. El art. 5 del documento internacional al que nos referimos dispone que los elementos de la acción, “el derecho de custodia”, era ejercido conjuntamente por los padres del menor, lo cual, no solo incluye el cuidado de su persona sino el de recibir (**sic**) sobre su lugar de residencia habitual. 16. Que la sentencia manifiesta que, analizada la prueba, se colige que los padres del menor habrían decidido fijar su residencia habitual en Ecuador; sin embargo, no se ha probado que haya aplicado el plan de retorno de migrantes, como sostiene la demandada. Que se manifiesta también se “presume la aceptación tácita del padre del menor para que esta resida en Ecuador, lo cual contradice la disposición del Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia que manda: “Los derechos y garantías de los menores son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles. 17. Se vuelve a referir a la confesión judicial de la madre y sostiene que de ella se desprende que adquirieron los pasajes de ida y vuelta a Suiza por lo que el plan no era radicarse en el Ecuador. Que el niño es más suizo que ecuatoriano, en consideración al tiempo de permanencia en cada uno de los países; sin embargo, la sentencia manifiesta que el niño es “nacional” y que por tanto no es un extranjero, existiendo contradicción con la cita efectuada del documento “La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, Normativa y Doctrina”. Que la jueza sostiene “en el presente caso el niño es nacional, no es un extranjero en este país, habla desde su nacimiento el idioma por ser el materno, se encuentra alojado y viviendo con su familia materna...” Que sin embargo, sucede todo lo contrario, que el niño es también suizo, y vivió allí desde su nacimiento hasta su retención ilícita en abril de 2010; que habla castellano pero también comprende “italiano y alemán” que se encuentran viviendo con extraños, una familia desconocida, con nuevos profesores, en ciudades y país diversos. En condiciones culturales que no le son familiares. 18. Que

de la documentación que consta de autos se ha demostrado que el niño no sufre de ninguna perturbación psicológica. Que la sentencia, sorprendentemente manifiesta que el niño sigue esperando el retorno de su padre a Ecuador y no su partida a Suiza. Que el actor en ningún caso, ha tratado de hablar al hijo mal de su madre pero que su comunicación cada vez menor con él, es cada vez más distante y fría y está ocasionando un deterioro en la relación parento filial. Que a pesar de la distancia y del juicio nunca ha dejado de proveer a su hijo, de manera mensual, el valor suficiente para su manutención. 19. Que en aplicación a lo dispuesto en el art. 11 del Convenio: “Las autoridades judiciales administrativas de Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.” Que en el presente caso, los tiempos han sido excedidos sobre manera. Cita el artículo 12 del mismo Convenio, y concluye solicitando se declare la procedencia de la acción y por tanto la restitución inmediata de su hijo NN a Suiza. **CUARTO:** Con la fundamentación dada al recurso se aprecia que la procuradora judicial del padre del niño la doctora María Fernanda Toral Cisneros así como la Secretaria Ejecutiva del Consejo de la Niñez y Adolescencia la señora Sara Oviedo Fierro, solicitan se proceda a la restitución internacional del niño NN a su país de origen y residencia habitual, Suiza. Para ello este Tribunal considera: A fojas 112 comparece la señora Sara Oviedo Fierro y en calidad de Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para efectos de cumplir las obligaciones impuestas por el “CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES” de 25 de octubre de 1980; solicita al Juez de la Niñez y Adolescencia de Cuenca que: “a) Se disponga la prohibición de salida del país, medida cautelar necesaria a fin de asegurar, durante el proceso la permanencia del niño en el país. b) Resolver el pedido de restitución internacional del niño NN, tomando en consideración la documentación presentada.” Para lo cual se fundamenta en los arts. 2, 3, 4, 7, 11, 12, 14, del mencionado Convenio. Acompaña a la demanda el expediente completo de pedido de restitución del niño, presentado por su padre, señor NN. **QUINTO:** El fundamento legal de la petición de restitución se basa en el hecho de que en 1992, el Ecuador se adhirió a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito el 25 de octubre de 1980, cuyo objeto es asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilegalmente en todo Estado Contratante; y, asegurar que los derechos de custodia y de visita que contemplan las leyes de una Estado Contratante se respeten en forma

efectiva en los demás Estados Contratantes. Que mediante resolución 14-CNNA-2008 de 8 de mayo de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, a través de la Secretaría Ejecutiva, es el organismo designado como Autoridad Central de este país, para el cumplimiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Circunstancia que justifica la legitimación de personería activa para proceder con el trámite y limita la normativa legal que se deberá considerar para efectos del fallo. **SEXTO:** Del análisis del Convenio Internacional se desprende que el art. 8 determina los requisitos esenciales para plantear la petición de restitución de un menor objeto de traslado o retención ilícita, por parte de la Autoridad Central del país de residencia habitual del niño, en el caso, NN: “Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado. g) cualquier otro documento pertinente.” Del análisis de los documentos acompañados a la petición de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se observa que no se han cumplido con todos los requerimientos determinados en el artículo 8 invocado, especialmente lo determinado en el literal f). La Autoridad Central del Ecuador ha adoptado las medidas adecuadas para a obtener un retorno voluntario del niño NN, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 *ibidem* que señala: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia

judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación. Diligencias que las manda a cumplir con la providencia emitida el 24 de junio del 2010 (fojas 81) y en la que: “Dispone: 1. Oficiase al Señor Director Nacional de la Policía Especializada de Niñez y Adolescencia con el contenido de esta providencia y copia del expediente a fin de que procedan a ubicar al niño NN y a su madre, señora Martha Evelyn Lisett Vega Mora (Evelyn Lisett Haltiner Vega Mora). 2. Oficiase a las autoridades de Dirección General de Migración a fin de que procedan a informar el movimiento migratorio del niño NN y de su madre Martha Evelyn Lisett Vega Mora (Evelyn Lisett Haltiner Vega Mora); debiendo dichos organismos remitir los informes respectivos a Autoridad Central del Ecuador, 3. Notifíquese con el contenido de la presente providencia a la señora Sonja Hauser de la Oficina Federal de Justicia FOJ de Suiza, Autoridad Central de ese país...”. **SÉPTIMO:** Con el informe emitido por la DINAPEN se tiene conocimiento que el niño NN ha sido ubicado en la ciudadela xx de la ciudad de xx. “De la información proporcionada el deseo del solicitante era llegar a una solución amigable con la madre del niño para el retorno voluntario a su lugar de residencia habitual. Mediante correo electrónico se informa que la madre del niño no está interesada (**sic**) en resolver el conflicto de manera amistosa y no hace una propuesta de retorno (**sic**) voluntario hasta finales de febrero por lo que solicita se inicie el procedimiento correspondiente. A fin de cumplir con lo que establece el art. 7 y 10 de la Convención de la Haya relativa a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, y petición del solicitante, la abogada Katherine Subía funcionaria de la unidad de relaciones internacionales de la Autoridad Central, mantuvo una conversación telefónica con la señora Evelyn Lisett Vega Mora, madre del menor a fin de intentar una devolución voluntaria del niño; sin embargo, tanto telefónicamente como por escrito supo manifestar que no desea retornar al niño a Suiza.” **OCTAVO:** Con la negativa de la madre, señora Evelyn Lisett Vega Mora constante a fojas 18 de los autos se establece: a) “...recibí con preocupación, la invitación ante la denuncia de mi esposo presentada en Suiza, dado que es mi deseo radicarme en Ecuador, pero no el de mi esposo Marco Haltiner.”; b) “Destaco que nos trasladamos a Ecuador para gozar de las vacaciones con mi esposo planteándole el deseo de radicarme nuevamente en Ecuador y que me gustaría que regresara para continuar con nuestra relación y continuar con la crianza del niño, como hasta entonces en Suiza, habitando por espacio de tres semanas que pasó en Ecuador mi esposo siempre en un inmueble de propiedad de mi familia en la ciudad de Machala; c) “Es cierto que la patria potestad la tenemos los padres por igual, pero también es cierto que si esposo me abandona me corresponderá ejercer el cuidado filial que como

madre tengo que prodigarme ante la ausencia de su padre.” Con lo que la Autoridad Central del Ecuador da por agotada el trámite de restitución voluntario del niño NN a Suiza; y comparece ante uno de los Jueces de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca para que la autoridad judicial competente resuelva si la retención del niño NN, es ilícita, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la causa resulta sorteada al Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca el 9 de marzo del 2011. **NOVENO:** Se admite a trámite contencioso general, la solicitud de restitución internacional del menor y se dispone citar a la demandada así como realizar la investigación del caso a cargo de la trabajadora social de la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. A fojas 120 comparece la demandada y se da por legalmente citada. La audiencia de conciliación se realiza el 5 de agosto del 2011 a las 10h30, la que se suspende por pedido de las partes para buscar un acuerdo transaccional, se reinicia el 24 de agosto del 2011 a las 10h30 compareciendo la actora, la demandada, y el padre del niño a través de su procuradora judicial. La demandada Evelin Lisett Vega Mora contesta la demanda en los siguientes términos: Que respondo a los nombres de Evelyn Lisett Vega Mora de 28 años de edad, de estado civil casada, de ocupación profesora y con domicilio en la ciudad de Cuenca y formula como excepciones: “2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho plasmados en esta injusta ilegal e infundada demanda seguida en mi contra por la parte actora en calidad que lo ha hecho. 3. No me allano con ninguna nulidad procesal ya que en el presente trámite no se está siguiendo el debido proceso por lo que me reservo el derecho de seguir las acciones constitucionales pertinentes. 4. Improcedencia de la acción pues se están violentando expresas disposiciones contempladas en tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, como en la Constitución Política de la República y en el propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 5. Falta de derecho para presentar esta demanda pues se la hace al amparo de las disposiciones constantes en la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores lo cual en especie jamás ha existido ni existe tanto más que mencionado tratado internacional (**sic**) en su propio artículo 3 en relación con el artículo 5 define claramente que debe entenderse por traslado o retención ilícita de un menor y que en la presente causa demostraré a cabalidad las mentiras y contradicciones en los fundamentos de la demanda. 6. De igual manera improcedencia de la acción pues al haberse fundamentado la demanda en una convención internacional que trata sobre sustracción de menores, esta no es la vía judicial pertinente para presentar tal reclamo pues me permito recordarle que según el diccionario jurídico Consultor Magno dice que se entiende por sustracción de menores “Al delito que consiste en sustraer a un menor, de determinada edad, del poder de los padres, tutor o persona encargada de él y

detenerlo u ocultarlo” en mi caso, aparte de que ninguna de las condiciones anteriormente expuestas se ha cumplido, en el supuesto caso no concebido y jamás aceptado que ese haya sido mi proceder, tenía que presentarse la acción legal o judicial ante los organismos competentes que investigan y juzgan delitos y establecer en primer término si en efecto hay delito de mi parte. 7. Debo recordarle a la parte actora que soy la madre y representante legal de mi hijo NN, por lo que al tener tal calidad ni de lejos se me debe considerar como una persona extraña que ha cometido un ilícito, esto de conformidad al artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia y al artículo 28 del Código Civil Ecuatorianos, tanto mas que es necesario aclarar que mi hijo goza de doble nacionalidad.” Sin lograr acuerdo el Juez señala el día 22 de septiembre del 2011 a las 08h30 para la audiencia de prueba, a la que comparecen las partes con sus abogados defensores. Se recibe la confesión judicial de la señora Evelyn Lisett Vega Mora, y se deja constancia de un interrogatorio de confesión del actor, se da paso a la prueba documental y a los alegatos de las partes, con lo cual concluye la etapa de prueba, la misma que se reabre por disposición de la Jueza a quo para traducir documentos que por error han sido agregados a otro proceso 1013-11. Nombra peritos y ordenado su posesión. Con el informe pericial se instala la audiencia el 18 de octubre del 2011 (fojas 211). **DÉCIMO:** El artículo 12 de la Convención determina la competencia en la que debe actuar la autoridad judicial del Estado Contratante donde se halle el menor, al disponer: “Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.” Por lo que correspondía al juez de primer nivel calificar la ilicitud de la retención de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 *ibidem*, que determina: “a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Al respecto el Tribunal considera: 1) Del documento emitido por la SECRETARIA EJECUTIVA NACIONAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (fojas 81) se desprende que la Oficina Federal de Justicia FOJ de Suiza, Autoridad Central de ese país, ha remitido a la Autoridad Central del Ecuador, “solicitud de restitución internacional del niño NN de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en SUIZA, el 1 de diciembre del 2005; solicitud que ha sido interpuesta por su progenitor, el señor Marco

Haltiner, de nacionalidad Suiza...” 2. Que de la documentación remitida a la Autoridad Central del Ecuador “...se desprenden que el niño NN ha tenido su residencia habitual en Suiza, presumiéndose por denuncia del padre, que está siendo retenido en forma ilícita en Ecuador, desde abril del 2010”. 3. Que no existe resolución judicial que atribuya la custodia del niño a ninguno de los dos progenitores y que “...de acuerdo a la legislación suiza, la patria potestad les corresponde a ambos padres.” (fojas 219-220, traducción de documentos de fojas 94-95). **DÉCIMO PRIMERO:** De las pruebas actuadas en el juicio, el Tribunal concluye que la demandada Evelyn Lisett Vega Mora reconoce que está casada con el señor Marco Haltiner “casi siete años”; que su matrimonio se realizó en Suiza; que su hijo nació y residió en Suiza por cuatro años y medio; y que los dos cónyuges ejercían la custodia de su hijo; asevera también en su confesión judicial (fojas 149) “que cuando vinimos al Ecuador compramos los pasajes de ida y vuelta aunque en la pregunta siguiente dice “no era el plan retornar a Suiza sino que compramos el pasaje ida y vuelta por las promociones y así salía más barato.” La demandada ha reconocido que el viaje a Ecuador ha sido con el objeto de pasar vacaciones en compañía de su esposo e hijo. “...Es mi deseo radicarme en Ecuador, pero no el de mi esposo Marco Haltiner...” (fojas 18) así como también que es verdad que la patria potestad “la tenemos los padres por igual”. Además, sostiene que su situación con el señor Marco Haltiner no ha sido de lo mejor en Suiza pues los familiares de su esposo habrían intervenido en su contra observando su situación conyugal; alegado también falta de fidelidad. **DÉCIMO SEGUNDO:** El Tribunal observa que los cónyuges Marco Haltiner y Evelyn Lisett Vega Mora ingresaron al Ecuador, acompañados de su hijo NN, en forma legal y voluntaria, el 27 de marzo del año 2010 (documentos de fojas 184-186). El niño NN, como lo reconoce el padre, en documento de fojas 101, no ingresó al Ecuador con su pasaporte de ciudadano suizo sino como ciudadano ecuatoriano, con cédula nro. xx según consta del documento de fojas 111 así como del informe de la Jefatura de Migración del Azuay de fojas 183. Esta situación implica que tanto la madre como el niño, al ingresar al país como ciudadanos ecuatorianos se acogían a la protección de la Constitución y leyes del País y adquirirían un estatus de residencia indefinida. El traslado del menor no puede ser considerado como ilícito, en virtud de que el ejercicio pleno del derecho de custodia compartida entre los cónyuges según lo determinado en la normativa suiza, el niño ingresa al Ecuador, en compañía de sus dos progenitores. Durante su permanencia en el Ecuador lo hizo en compañía de sus dos padres hasta que el padre retorna a Suiza el 15 de abril del 2010, quien lo hace de forma voluntaria, consciente de que tanto su cónyuge como su hijo permanecerían en el Ecuador, en el domicilio de la familia de la madre, conocido por él; y, sabiendo que tal situación no revestía peligro alguno para el niño, y que al quedarse la madre con el niño en el Ecuador lo hacía en pleno ejercicio del derecho de custodia compartido. **DÉCIMO TERCERO:** Que en lo

relativo a la retención ilícita alegada por la Autoridad Central de Suiza por parte de la madre del niño NN, no se ha logrado comprobar conforme a derecho su ilicitud. La Constitución de la República define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, siendo deber primordial del Estado: “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales” a todos sus habitantes. Entre las garantías del debido proceso, se reconoce el derecho a la “Presunción de inocencia” entendido como “el derecho de toda persona a ser tratada como inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Esto es, que tal presunción sólo puede ser desvirtuada cuando en el juicio las pruebas legalmente practicadas demuestren tal culpabilidad, bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación. En ese contexto el Art. 20 de la Convención faculta a las autoridades administrativas o judiciales: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.” La Autoridad Central de Suiza da a conocer la posición del padre del niño respecto al problema, la misma que no ha sido debidamente probada en el juicio contencioso general que se analiza. Siendo la madre la acusada de presunción de ilicitud, en la retención de su hijo, la carga de la prueba era responsabilidad de los actores, quienes nada han aportado para demostrar tal culpabilidad. Se han limitado a sustentar una “presunción de culpabilidad” por el hecho de que la madre se ha negado a un retorno voluntario a Suiza con su hijo, cuando tal posición obedece al ejercicio de la custodia compartida que le asigna la ley suiza, así como su derecho a la libertad por el cual nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge para un ejercicio conjunto de la patria potestad. **DÉCIMO CUARTO:** El Estado ecuatoriano posee una amplia normativa de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, encaminados a promover de forma prioritaria su desarrollo integral y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; la Constitución garantiza que “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”. En tal sentido el niño NN tiene en este país la garantía y protección 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 efectividad y seguridad. En ejercicio de la tutela judicial efectiva, el Juez a quo ha ordenado que la trabajadora social de la Oficina Técnica realice una investigación del caso, la que consta de fojas 114 a 119 y de la que se concluye: “... Que el niño NN tiene cinco años tres meses; nacido en Suiza por la separación de sus progenitores el niño vive bajo el techo y amparo su progenitora (**sic**) EVELYN LISETT VEGA MORA, denotándose que entre ellos existe una relación permanente, segura y afectiva, su madre demuestra

responsabilidad y cumplimiento en sus obligaciones para con su hijo, cuida personalmente y con apoyo de sus familiares para el mejor bienestar y desarrollo integral de su hijo; la vivienda es facilitada por su familia, habitan seis personas, presta garantías de habitabilidad; la situación económica se basa en el trabajo personal de la madre del niño; con su progenitor el niño se dice está en contacto permanente vía Internet. Del diálogo sostenido con la madre hace hincapié en que la situación conyugal con el esposo no ha sido buena en Suiza, que los familiares de él han actuado con dureza, que el esposo tiene problemas psicológicos, comprador compulsivo, que vivía en constantes desavenencias familiares, inclusive estas actuaciones se han dado en presencia del niño, que existe discriminación, falta de fidelidad conyugal, y jamás se escucharon sus razones que deseaba tener dentro del hogar...” Lo que demuestra a este Tribunal que las condiciones en las que se desarrolla el niño no son atentatorias de los derechos fundamentales de los que por edad goza. Con lo que queda demostrado que el niño NN de la edad de seis años, estudiante de la escuela particular xx domiciliado en la ciudad de Cuenca en el sector de xx, de doble nacionalidad, ha quedado integrado en su nuevo ambiente familiar, social, cultural y educativo en esta ciudad de Cuenca. Por lo expuesto, esta Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, resuelve negar el recurso de apelación presentado por la abogada María Fernanda Toral Cisneros, apoderado especial del señor Marco Haltiner; así como la adhesión de la Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, CONFIRMAR el auto resolutorio subido en grado, que niega la restitución internacional del niño NN. Para efectos de la ejecución del presente fallo, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se encargará de su traducción a uno de los idiomas oficiales del Convenio. Actúa la doctora Mónica Ortiz Tobar como Secretaria relatora encargada. **Notifíquese.**

f) **Dr. Pablo Vintimilla González, Juez Provincial.**

FALLO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.
Quito, 09 de octubre de 2012. Las 11h00.

VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza y Jueces 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 la Ab. María Fernanda Toral Cisneros en su calidad de apoderada especial de Marco Haltiner contra el auto resolutorio pronunciado por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011, a las 14h37, mismo que confirma el fallo de primera instancia dictado por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, el 7 de noviembre de 2011, las 08H10, que niega la petición de restitución internacional del niño NN propuesto por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por petición de Marco Haltiner en calidad de padre del mencionado niño. Para resolver se considera: **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.** El recurrente fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación y alega como normas de derecho infringidas las contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76, numeral 7, literal k); 425 de la Constitución de la República del Ecuador; 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores; 8, 9 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 16 del Código de la Niñez y Adolescencia; 9, 11 y 1978 del Código Civil; 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil. **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.** Ateniéndonos a la jerarquía de las normas que el casacionista considera infringidas corresponde iniciar el estudio por aquellas acusaciones que refieren la violación de normas constitucionales. **5.1. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 11, NUMERALES 2 Y 3; 76 NUMERAL 7, LITERAL K); Y 425 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.** El recurrente sostiene que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas legales contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76

numeral 7 literal k); y, 425 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a: “Art. 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 (...)”. 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. (...)”; Art. 76. *Ibidem* “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: k. Ser juzgado por una juez o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”; Art. 425 *ibidem*. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; 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. 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. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”. Sostiene que: “Los señores Jueces de segunda instancia, manifiestan que es deber primordial del Estado: ‘garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales’ a todos sus habitantes; sin embargo, la Constitución del Ecuador, dispone en su Art. 11 numeral 2 que ‘Todas las personas somos iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades’. Habla de todas las personas, independientemente de que sean ecuatorianos o extranjeros; y por tanto: al fallar como lo han hecho no están aplicando este principio fundamental; ya que están tratando al Sr. Marco Haltiner, como un ‘extranjero’ al cual no le asisten los mismos derechos, por tal situación; y le están privando de su legítimo derecho a requerir la restitución del menor; porque supuestamente la custodia de su hijo, es ‘compartida’ y que esto significa que la madre, a su solo arbitrio, por tal situación, puede elegir el lugar de residencia del menor”. Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en su calidad de organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para cumplir con las obligaciones impuestas por la “Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, atendiendo la petición de restitución internacional del niño NN de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en Suiza el 1 de diciembre de 2005, presentada por su padre el señor Marco

Haltiner, solicitó, ante el juez competente, conocer y resolver dicha pretensión; b) La demanda ha sido conocida y resuelta en primera instancia, por la Jueza Temporal Primera de la Niñez y Adolescencia del Azuay, quien mediante auto de 7 de noviembre de 2011, negó la restitución internacional del referido niño; y, c) Apelada que fue la mencionada resolución por la Abogada María Fernanda Toral Cisneros, apoderada especial del accionante, el proceso pasó a conocimiento de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que con providencia de 22 de diciembre de 2011, confirma el auto resolutorio subido en grado. De lo dicho se infiere que el legítimo derecho que le asiste al señor Marco Haltiner de solicitar la restitución internacional de su hijo NN, no solo fue ejercido, sino que también fue atendido por el órgano administrador de justicia ecuatoriano, que de ningún modo estaba obligado a favorecer sus pretensiones, sino que, muy por el contrario, fue de sus (sic) deber administrar justicia con rectitud, aplicando a cada caso la normatividad pertinente en procura de precautelar los derechos que se ven afectados. Así, siendo que en la especie, el requerimiento del actor tiene de por medio a su hijo menor de edad, el papel del juez se remite única y esencialmente a garantizar el interés superior de ese niño, previsto por la Constitución de la República en el Art. 44, y desarrollado por el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 11, partiendo de la premisa que dicho interés es uno de los principios fundamentales en cuanto se refiere a los derechos de este grupo de la población, el mismo que fue consagrado “*inter alia*” en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Tratado Internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, excluyéndose de ella únicamente Estados Unidos de América y Somalia, lo que pone de manifiesto su fuerza obligatoria. El interés superior del niño si bien no ha sido definido por los convenios internacionales que lo consagran, se lo conceptualiza como “*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.*” (Artículo publicado por BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, p. 356); y, 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 Ibañez Nájjar, p. 45). Tanto

del concepto como de sus características se desprende que el principio de interés superior del niño conlleva la obligación que tienen los Estados de proteger y privilegiar, ante todo y sobre todo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sobre el tema, la doctrina ha discutido ampliamente, puesto que existen diversos puntos de vista respecto a si este deber es absoluto, es decir si prevalece sobre los demás derechos, sin embargo, se vislumbra como la tesis más aceptada la considerada entre otras por, "...Gatica y Chaïmovic" que han señalado "...que 'el llamado interés superior del niño' debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña". (GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia "La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño"). En tal virtud, si para precautelar el interés superior del niño NN, el Tribunal de instancia consideró indispensable desechar la pretensión de restitución internacional presentada por su padre, no incurrió en la falta de aplicación de las normas constitucionales que el recurrente acusa como infringidas, puesto que al hacerlo el juzgador está fallando no en contra del padre o de la madre, sino a favor del niño. **5.2. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 Y 19 DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:** El casacionista denuncia, con fundamento en la causal primera, falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Para fundamentar sus afirmaciones el recurrente afirma que: "El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores, en el que se fundamenta la presente acción tiene por finalidad garantizar la restitución **inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita** en cualquier Estado Contratante (art. 1º). En este contexto, forma parte del denominado Derecho Internacional de Protección, cuyo campo de acción es proveer la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a los fines de cumplir con su cometido. La Convención contempla una serie de requisitos para su aplicación. Entre ellos, interesa la necesidad de que se haya **producido un traslado o retención ilícitos** (artículo 3). Así se establece que se considerará que el traslado o retención revisten la calidad de tal 'cuando se hayan producido con **infracción de un derecho de custodia atribuido, separadamente o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención**', y/o 'cuando **este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría**

ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.' Del análisis de las circunstancias y documentos que constan de autos, se prueba que el menor, tenía la residencia habitual en Suiza (nació ahí y vivió durante toda su vida en dicho país); y, que la custodia y la patria potestad del menor la ejercían de manera conjunta ambos progenitores; ha sido incluso reconocido en la confesión judicial por la madre del menor tal circunstancia; por lo tanto, resulta sorprendente, de que a pesar de que el Convenio es expreso al manifestar que se considerará la retención ilícita, cuando el derecho de custodia, lo ejercían de manera efectiva ambos progenitores; como en el presente caso; los señores Jueces de segunda instancia, aleguen que al ser la custodia compartida; uno de ellos puede a su arbitrio fijar su domicilio en otro lugar, ya que nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge; con el fin de ejercer la patria potestad de manera conjunta. (...) efectivamente, la madre podía fijar su residencia habitual o domicilio, en el lugar que ella desee, por el derecho de libertad que le asiste; pero eso no significa, que sin orden judicial, pueda 'fijar el domicilio de su hijo, a su solo arbitrio, en el lugar que a ella le plazca.'". Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Art. 3 de la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores prevé que "...la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención..."; b) La patria potestad del niño NN es ejercida en forma conjunta por sus padres; c) La familia conformada por el referido niño y sus padres Evelyn Lisett Vega Mora y Marco Haltiner, partieron desde Suiza e ingresaron al Ecuador, habiendo permanecido los tres en el país hasta cuando el padre debió retornar al país de origen, según sostiene él por asuntos laborales y según afirma su cónyuge para vender sus bienes y retornar al Ecuador con lo necesario, a efectos de radicarse en el país, aprovechando los planes de apoyo al migrante que implementó el Gobierno Nacional, de tal manera que queda descartada la posibilidad del traslado arbitrario; d) De conformidad con el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley." De ahí que el accionante debía probar la retención arbitraria del menor NN. Al efecto, ha presentado los documentos con los que demuestra que su traslado a Ecuador obedecía a un viaje de vacaciones, pues compraron los pasajes de ida y vuelta, así como también ha probado trabajar en Suiza bajo relación de dependencia. En tanto que la madre del niño a través del Registro Único de Contribuyentes que obtuvo mientras estaba acompañada de su cónyuge en el país ha establecido su intención de realizar actividades económicas en el Ecuador, de lo cual tenía conocimiento el actor, quien además abandona el país dejando a su familia,

a sabiendas de que su cónyuge se negaba a retornar a Suiza con su hijo, procediendo en un inicio a enviarles remesas de dinero, conforme consta de los documentos que obran a fs. 154 y 155 del cuaderno de primera instancia; e) No estando clara la existencia de elementos que inequívocamente informen la retención ilícita, y vistas las pretensiones de las partes, correspondía al juzgador considerar en conjunto la normatividad que en el concierto internacional rige para los casos como el sub judice y así llegar a establecer si en el supuesto de existir razones suficientes para ordenar la restitución internacional del niño, podría resultar improcedente por concurrir un caso de excepción, de los previstos por la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, en el Art. 12, que dice: *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.- La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un (1) año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.- Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor”*, los que obvia y naturalmente deben ser admitidos y decididos en consideración al interés propio del menor si se llega a establecer la configuración de uno de ellos. En la especie, el tribunal ad quem analiza la situación actual del niño NN, llegando a la conclusión de que, de la investigación realizada por la trabajadora social de la Oficina Técnica se desprende que entre él y su madre *“...existe una relación permanente, segura y afectiva”*, que *“...su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento en sus obligaciones para con su hijo, cuida personalmente y con apoyo de sus familiares para el mejor bienestar y desarrollo integral de su hijo; la vivienda es facilitada por su familia, habitan seis personas, presta garantías de habitabilidad; la situación económica se basa en el trabajo personal de la madre del niño; con su progenitor el niño se dice está en contacto permanente vía internet...”*: Asimismo, con los documentos que obran de autos a fs. 152 del cuaderno de primer nivel, la demandada ha probado que su hijo se encuentra estudiando en el Centro Educativo xx de la ciudad de xx y que, además, toma clases de idioma alemán en el Instituto de Idiomas de la Universidad Panamericana de Cuenca (fs.153 ibídem). Por otra parte, también ha demostrado encontrarse desarrollando una actividad económica independiente, pues se ha dedicado a la comercialización de artículos ortopédicos (fs. 166, 167 y 168 ibídem). Antecedentes que le han llevado a concluir que el niño NN de la edad de seis años, de doble nacionalidad *“...ha quedado*

integrado en su nuevo ambiente familiar, social, cultural y educativo en esta ciudad de Cuenca...”, por lo que en aplicación del Art. 12 de la referida Convención, niega la restitución internacional del niño NN, de lo que se desprende que el cargo acusado carece de sustento. Adicionalmente, cabe precisar si la resolución del Tribunal de Instancia afecta el derecho de custodia, contrariando lo establecido en el Art. 19 ibídem. Al respecto, es necesario aclarar que ventilándose un caso de restitución internacional de menores, le está vedado al juez pronunciarse sobre el derecho de custodia de aquel, entendido éste como *“el derecho relativo al cuidado de la persona del menor”*, conforme analiza Doña Elisa Pérez Vera, en su Informe Explicativo del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Revisada la resolución impugnada, que es confirmatoria de la dictada en primera instancia, la que a la vez niega la restitución internacional del niño NN, dispone *“...continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes...”*, se desprende que no existe resolución alguna con la que se otorgue el derecho de custodia a uno de los progenitores, sin que de ningún modo pueda entenderse que la disposición emitida en aras de que padre e hijo permanezcan en continuo contacto y comunicación, pueda siquiera considerarse como la regulación del derecho de visita, cuyo trámite se encuentra regulado por el Art. 21 de la varias veces mencionada Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sino como un mecanismo para asegurar que, a pesar de haberse negado la restitución, padre e hijo mantengan un contacto permanente, haciendo uso de los medios tecnológicos, que actualmente permiten no solo el intercambio escrito de ideas, sino incluso la visualización de los sujetos, que pueden incluso interactuar a través de la red, a efectos de que la relación parento-filial que les une se fortalezca y sea el medio idóneo para el desarrollo pleno de la personalidad del niño, permitiendo que crezca rodeado del afecto y preocupación permanente de sus padres, todo ello en aplicación de la disposición contenida en el Art. 44 de la Constitución de la República 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.- 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.”* Precautelando al mismo tiempo el derecho que tiene el padre de relacionarse con su hijo y obligando concomitantemente a la madre a proporcionar los medios y el espacio adecuado para que padre e hijo se mantengan en permanente comunicación, conforme lo exige el Art. 9 número 3 de la Convención sobre los

Derechos del Niño, que dice: “Art. 9, 3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y de contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*”, de tal suerte que la sentencia impugnada no incurre en la falta de aplicación de las normas de derecho, que el recurrente nomina infringidas. **5.3. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 8, 9 y 11 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:** Aunque el recurrente omite fundamentar su alegación de falta de aplicación de los Arts. 8, 9 y 10 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, este Tribunal considera indispensable detenerse a precisar que: a) Las normas que el recurrente nomina como infringidas de la Convención sobre los Derechos del Niño prevén: “Art. 8. 1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*- 2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad;* Art. 9. 1. *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*- 2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*- 3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*- 4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas;* Art. 11. 1. *Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.*- 2. *Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”*; b) La Convención sobre los Derechos

del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en Resolución No. 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el Art. 49 “*Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*” Y “*Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.*”, en el número 1 del Art. 3 establece que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño.*”; c) Atendiendo precisamente a dicho interés superior del niño y a la naturaleza de los derechos y garantías de este grupo catalogado entre los que requieren atención prioritaria, por sus condiciones de vulnerabilidad, el tribunal ad quem ha resuelto sobre la procedencia o no de la restitución internacional del niño NN, negando la solicitud, sin que dicha negativa pueda considerarse: 1. Como atentatoria a su derecho de identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, ya que de la revisión de la resolución impugnada se desprende que aquella nada dice que pueda contrariar los elementos que conforman este derecho humano tan amplio e importante, como es la identidad, que permite a todo ser humano estructurar un proyecto de vida en base al conocimiento y certidumbre respecto del grupo humano al que se pertenece, al entorno familiar y social al que se debe, a su pasado y sobre todo a su reconocimiento como individuo único e irrepetible. 2. Como propiciatoria de la separación del niño contra la voluntad de sus padres, ya que verificada la separación del niño respecto de su progenitor, ha sido sometida a su conocimiento y resolución la petición de restitución internacional de aquél, en cuyo trámite no ha quedado claro si existe o no la retención ilícita del niño por parte de su madre, en tanto que si se ha demostrado que el menor se encuentra integrado a su nuevo medio, lo que constituye causa de excepción para que proceda la restitución, aún en el evento de haberse probado la retención ilícita. 3. Ni tampoco como violatoria del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, ya que si bien es cierto que en la resolución impugnada no se pueden resolver asuntos relativos a custodia y visitas, si se debía disponer, como en efecto se lo hace, el mantenimiento entre padre e hijo de un intercambio asiduo y permanente. En tal virtud, aunque los cargos no se encuentran fundamentados conforme lo exige la Ley de Casación, lo que impide que prosperen, este Tribunal los desecha además por improcedentes. **5.4. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 16 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 9, 11 y 1478 DEL CÓDIGO CIVIL y 5 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.** Al respecto, el

casacionista dice: “Se ha dejado de aplicar también en el fallo recurrido, lo dispuesto en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en que se establece que, por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de ORDEN PÚBLICO, interdependientes, indivisibles, IRRENUNCIABLES e INTRANSIGIBLES (Art. 16); por lo que mal puede alegarse como se lo hace en el fallo recurrido, que por la ‘custodia compartida que ejercían ambos progenitores’, la madre unilateralmente podía decidir sobre la residencia habitual y domicilio del menor, en la forma en la que lo ha hecho; ya que en el supuesto no consentido de que el padre le hubiera otorgado la custodia ‘verbal’, ésta hubiera sido ilegal, ya que tal situación no depende de la voluntad particular de las partes, porque contraviene al derecho público; al respecto, nuestro Código Civil establece en su Art. 1478 que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano; en su Art. 9, que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su Art. 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; en el presente caso; la madre del menor asevera que el padre del mismo, le confirió la custodia ‘...de manera verbal...’; es decir contraviniendo tales disposiciones; y, en el fallo recurrido, también se deja de aplicar dichas normas; al considerar que la custodia compartida, le otorgaba a la madre la facultad unilateral de decidir la residencia del menor.”. Por su parte, la sentencia impugnada dice: “Siendo la madre la acusada de presunción de ilicitud, en la retención de su hijo, la carga de la prueba era responsabilidad de los actores, quienes nada han aportado para demostrar tal culpabilidad. Se han limitado a sustentar una ‘presunción de culpabilidad’ por el hecho de que la madre se ha negado a un retorno voluntario a Suiza con su hijo, cuando tal posición obedece al ejercicio de la custodia compartida que le asigna la ley suiza, así como su derecho a la libertad por el cual nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge para un ejercicio conjunto de la patria potestad...”. De lo transcrito, no puede deducirse que el juez de segunda y definitiva instancia sostenga que en ejercicio de la custodia compartida, que ejercían los progenitores, uno de ellos (la madre) podía decidir por sí solo el sitio de residencia habitual y domicilio del menor, lo que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay manifiesta es que, en aplicación del derecho a la libertad no se le puede exigir a la madre continuar viviendo con el padre del menor para así poder ejercer en forma conjunta la patria potestad sobre el niño. De esta manera se precautela el derecho de custodia que ejerce cada uno de los progenitores del niño, el que no se pierde a pesar de su estado de separación, lo que se encuentra en armonía con el tantas veces aludido principio del interés superior del niño y con lo dispuesto por el Art. 19 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de modo que en el fallo impugnado no se han dejado de aplicar las normas legales invocadas.

5.5. RESOLUCIÓN EN LA SENTENCIA O AUTO DE LO QUE NO FUERA MATERIA DEL LITIGIO. El recurrente basa este cargo en el numeral 4 del Art. 5 de la Ley de

Casación, que 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.”, que dan lugar a casar la sentencia, por el vicio de disonancia o incongruencia en el que ha incurrido el Juez de segundo nivel al resolver el asunto controvertido. La concurrencia de la causal cuarta se advierte al comparar la parte resolutive del fallo con la o las pretensiones de la demanda y/o reconvencción y con las excepciones deducidas, dicha causal se configura de tres maneras: 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. No. 33 de 25 de septiembre de 1996, Pág. 6). En la especie, el recurrente denuncia el vicio de ultra petita y fundamenta su alegación manifestando que: “En la sentencia de primera instancia, ratificada íntegramente por los Jueces de segunda instancia, se resuelve, que el padre del menor debe seguir en contacto con el mismo, por el medio tecnológico SKYPE; cuando no se ha requerido en la demanda planteada, ni cabe en mérito del Convenio tantas veces aludido; ya que esto sería determinar la custodia a favor de la madre y un ‘régimen’ de visitas, vía internet, con el padre; ninguna de estas dos circunstancias fueron materia de la litis; ni podían ser resueltas por los Jueces, porque no se había seguido el trámite correspondiente; lo único que se debía resolver era la Restitución del Menor, para que sus jueces naturales, decidan sobre dichos aspectos.” Con acierto, el recurrente menciona que en procesos como el que nos ocupa, en los que se reclama la restitución internacional de un menor, no cabe que el juzgador se pronuncie respecto de asuntos atinentes a la custodia o régimen de visitas, así se infiere de las disposiciones contenidas en los Arts. 19 y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tantas veces referido y que, en su parte pertinente prescriben: “Art. 19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.”; “Art. 21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.” Sin embargo, de la lectura del fallo impugnado se advierte, como se explicó ya en líneas anteriores, que éste al confirmar la resolución dictada por el juez de primera instancia, negó la restitución internacional del niño NN y dispuso que padre e hijo sigan manteniendo contacto por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido por las partes, con lo que ni otorgó el derecho de custodia a ninguno de los litigantes ni estableció un régimen de visitas; sino que actuó en estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, en los Arts. 44 y 45, que dicen: “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.”; “Art. 45. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.- 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; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar...” en concordancia con lo establecido en los Arts. 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconocen los derechos del niño a preservar sus relaciones familiares y promueven el respeto del derecho que todo niño tiene de mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres de modo regular cuando se encontrare separado de ellos. En tal virtud, la disposición de que se continúe el contacto entre el padre y el niño NN, por un lado, ha de entenderse estrictamente como el medio idóneo para garantizar el ejercicio pleno del derecho del niño a mantener la relación con su progenitor, lo que se aspira contribuirá de manera determinante a que alcance el desarrollo integral de su personalidad, que es posible sólo cuando se encuentran satisfechas sus necesidades de afecto, protección, cuidado, seguridad y apoyo emocional, lo que se puede alcanzar con la participación activa de los padres, quienes a pesar de encontrarse distantes o separados del niño, deben a través de la comunicación o contacto permanente coadyuvar en su formación; y, por otro lado, como la obligación que pesa sobre la madre de proporcionar los medios y propiciar los espacios necesarios para que dichos contacto y comunicación entre padre e hijo se desarrollen, puesto que con la resolución del juez, pasó de ser un simple deber moral a una orden judicial tendiente a garantizar tanto los derechos del hijo como los del padre a enriquecer su relación filial, se desecha el cargo. **5.6. APLICACIÓN INDEBIDA DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA; QUE HAN CONDUCIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO EN EL AUTO RESOLUTORIO MOTIVO DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN.** El casacionista, acusa, con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, la violación de las disposiciones legales contenidas en los Arts. 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedi-

miento Civil. Sustenta sus alegaciones manifestando que “La prueba aportada por los accionantes ha sido contundente; no así la prueba de la parte demandada; que en nada ha probado sus excepciones; ya que la demanda sostuvo de que el proceso estuvo mal planteado porque debió de haberse iniciado primero un juicio en donde se establezca su responsabilidad en la retención ilícita del menor; obviamente desconociendo la vigencia y validez del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Por otro lado, si la prueba hubiera sido valorada en conjunto y en mérito a las normas legales antes indicadas; los señores Jueces hubieran ordenado la restitución internacional del menor, de manera inmediata, ya que sólo se debía justificar que la custodia era conjunta, que el lugar de residencia habitual era Suiza y que no existe grave peligro físico o psicológico en caso de que el menor retorne a Suiza; todo esto se ha probado en el proceso; sin embargo a criterio, de los jueces, NO.” (sic). Al respecto, este Tribunal de Casación observa que la causal tercera, contempla el caso de violación indirecta de la norma que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente las normas relativas a la valoración de la prueba, “cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; para lo cual en su fundamentación debe demostrar el error de **derecho** en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación de error de **hecho** en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado **sistema de casación puro...**” (Andrade Ubidia Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Quito, 2005, p. 150.) (Lo resaltado nos corresponde). En este caso, si bien se señalan las normas aplicables a la valoración de la prueba que a criterio del recurrente han sido indebidamente aplicadas, no señala las normas de derecho que a consecuencia de tal quebranto han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas, conforme exige la Ley para la configuración de la causal tercera. La jurisprudencia al respecto se ha pronunciado en el sentido de que: “Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicando indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser el caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas o principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente.” (Ídem, pág. 202). Tal omisión, no permite que prospere el cargo con fundamento en dicha causal. Además de que la pretensión del recurrente tiende a una nueva valoración de la prueba, actividad para la que el Tribunal de Casación no tiene atribuciones,

puesto que ésta es facultad privativa de los jueces de instancia, mientras que su competencia se limita a controlar que aquellos, al realizar dicha valoración, no hayan transgredido las normas de derecho que la regulan. Adicionalmente, el casacionista nomina como infringidas, con sustento en la causal tercera, las normas contenidas en los Arts. 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil. El Art. 114, dispone que “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la Ley.- Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por el adversario.”, de su texto se desprende que no se trata de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por tanto no cabe denunciar su quebranto con fundamento en la causal tercera del tantas veces citado Art. 3 de la Ley de Casación. En tanto que, respecto del Art. 115, que dice: “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.”, la jurisprudencia, se ha pronunciado en el sentido de que “La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición (Art. 119, actual 115 del Código de Procedimiento Civil) porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales a apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado.” GJS XVI No. 4 Pág. 895” (Ob. Cit. pp. 287 y 288); admitiendo la denuncia de su infracción única y exclusivamente cuando el recurrente considera que el Juez de instancia ha incurrido en la valoración absurda de la prueba, explicando en qué consiste aquella, en cuyo caso el Tribunal de Casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, al momento de apreciar las pruebas se han violado o no las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia y la razón, llevándole a adoptar decisiones absurdas o arbitrarias, lo que no sucede en el presente caso, en el que el recurrente no explica de manera clara y explícita que en el fallo impugnado existe valoración absurda de la prueba, por lo que se desecha el cargo. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** En consecuencia, 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 el auto definitivo proferido por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011. 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. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional.**

III

Juicio nro. 0388-2012
Resolución nro. 029-2013

Juicio de rendición de cuentas propuesto por Julio González Dapelo contra María Dapelo Rossignoli.

SÍNTESIS:

La Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional, dicta un fallo del que consta de modo pormenorizado que no procede el recurso de casación contra sentencias dictadas en juicios ejecutivos, como lo consagra el Art. 2 de la Ley de Casación, concluyendo en que no son impugnables, vía recurso de casación, las sentencias proferidas en juicios ejecutivos. De igual manera, analiza los conceptos de jurisdicción y competencia, que se aduce no considerados.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO VIGÉSIMO NOVENO DE LO CIVIL DEL GUAYAS. Guayaquil, viernes 13 de mayo del 2011. Las 10h57.

Nro. 1151/R/2010

VISTOS: Comparece al presente juicio de rendición de cuentas la señora María Leonor Dapelo Rossignoli, expresando como argumento principal de su oposición a rendir cuentas en cuanto a que: si bien de acuerdo al art. 1317 del Código Civil manifiesta que el Albacea con tenencia de bienes, tiene las mismas facultades y obligaciones del curador yacente de la herencia, entre las cuales consta la rendición de cuentas. Pero que éstas se puede exigir, una vez finalizado el cargo conforme, lo establece el art. 1330 del Código Civil, que se impone sobre la disposición general del art. 441 ibídem en relación a la oportunidad de su exigencia. Que de las copias certificadas que adjunta demuestra dentro del juicio de inventario y sucesión 425-2010 que está sustanciándose en el Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Guayaquil, no ha finalizado el cargo de la compareciente. Para resolver el incidente tenemos que: **PRIMERO:** De acuerdo al art. 1293 del Código Civil indica que “albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”. La doctrina señala que normalmente los encargados de cumplir la última voluntad del testador son sus herederos. Mas no pocas ocasiones el testador tiene mayor confianza y seguridad, en cuanto a que sus últimos deseos serán mejor ejecutados por una persona que no es ninguno de sus herederos, es ahí donde funciona la designación de un albacea quien viene a ser un verdadero mandatario del difunto sin necesidad de ser heredero. **SEGUNDO:** En el presente caso, del testamento solemne abierto, acompañado al proceso por Julio Humberto

González Dapelo (fojas 24, fojas 25 y 26) fue emitido el 22 de octubre de 1972 por doctor Julio César González Mosquera, fallecido de acuerdo al certificado de defunción que corre a fojas 1, en fecha 12 de diciembre de 1972. En dicho testamento su autor designó como Albacea testamentaria a su cónyuge sobreviviente señora María Leonor Dapelo de González por todo el tiempo NECESARIO para “el arreglo de mi sucesión y hasta que verifique dicho arreglo tal cargo lo ejercerá hasta que se haya verificado la división y adjudicación de los bienes hereditarios a quienes corresponda y la entrega de dichos bienes a los correspondientes adjudicatarios...”. **TERCERO:** El art. 1324 del Código Civil indica que el albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador. Y, el artículo siguiente, esto es, el 1325 expresa, que si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del albaceazgo, durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo. De lo visto tenemos que es naturaleza del cargo de albacea es transitorio, su nombramiento es circunstancial para el puntal cumplimiento de la voluntad de lo que el testador ha dejado dispuesto. Incluso el legislador ha querido que para el caso que el testador no determine el tiempo CIERTO (año, mes y día), dicho encargo no dure más allá de un año, salvo prórroga judicial por un año más (Art. 1326 C. Civil). Al respecto, el conocido jurista doctor Carlos Ernesto Estrella Merino en su libro titulado “El Albaceazgo” página 94 editado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia año 2006, con relación al tema dice textualmente lo siguiente: “La Ley ecuatoriana, queriendo evitar que el cargo tenga una duración indefinida, establece que si el testador no ha prefijado un tiempo cierto y determinado, se tomará la disposición como no escrita y se aplicará entonces el artículo 1325, por el cual se estatuye que el albaceazgo durará un año. Igual cosa sucederá si el testador no expresó el tiempo que durará el albaceazgo, pues entonces tendrá el albacea un año para cumplir con el encargo encomendado...” Así las cosas la realidad es que la demandada señora María Leonor Dapelo viuda de González por efecto de las disposiciones legales antes enunciadas su cargo de albacea testamentaria habría fenecido a siguiente año del fallecimiento de su cónyuge, esto es, el 13 de diciembre de 1973, convirtiéndose ella desde entonces, con la evidente conformidad de los de los herederos, en una administradora de hecho (**sic**) los bienes dejados hereditarios. **CUARTO:** Nótese que el motivo o circunstancia por la que el testador instituyó a la demandada como Albacea, era con la finalidad de repartir la herencia por él dejada a quienes corresponda, sin embargo, han pasado ya 38 años en que se habría prácticamente perennizado la demandada en un cargo de naturaleza temporal. Tal proceder -por decir lo menos- es negligente. Por lo que mal podría la demandada esgrimir aquello como eximente de su obligación de rendir cuentas. Es verdad lo que afirma la accionante en su escrito de contestación que el artículo 1330 del Código Civil establece que la obligación de rendir cuentas es una vez termina-

do el cargo de albacea, pues como lo dice Hernando Carrizosa Pardo en su obra “Sucesiones Donaciones” Quinta Edición Ediciones Lerner página 485 dice textualmente: “El albacea tenedor no está obligado a rendir cuentas periódicas; toda la cuenta general de su administración debe producirla luego que cese el cargo...” Pero tales expresiones, así como la norma enunciada por la demandada no deben ser interpretadas en forma aislada, sino de acuerdo con el contexto general de la ley. Así para el caso que testador no lo haya expresado de forma cierta el plazo que debe durar el encargo de albacea, el legislador a impuesto como máximo un año de duración. Por ello es que tanto la norma alegada como lo expresado por el autor en mención es aplicable para los casos en los que los albaceas han actuado respetando el plazo ya se legal o el dado por el instituyente de forma cierta y determinada. **QUINTO:** Por otro lado, no debemos olvidar que actualmente vivimos un Estado Constitucional de Derecho, es decir, que ahora la ley como principio de legalidad está sometida a la adecuación a la Constitución. El principio de supremacía de la Constitución impone su predominio la ley y todo orden, estando sujetos a la Constitución y su aplicación directa tanto los jueces y todo funcionario público. El Art. 426 de la Constitución dice: que “Todas las personas autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales...”. La doctrina dice que los derechos consagrados en la Constitución y denominados fundamentales están destinados principalmente cuidar de la libertad de los individuos principalmente frente a los órganos del Estado y su intervención. Y, que los derechos llamados fundamentales que contiene la Constitución son un orden objetivo de valores para intensificar el principio de obligatoriedad de los derechos fundamentales, sistema de valores que encuentra su punto central en la dignidad y en la personalidad humana que despliega libremente dentro de la comunidad social y que debe estar presente vigente en todos los sectores del derecho. En el libro titulado “garantismo”. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar Editorial Trotta S.A. 2005, 2009 Madrid, encontramos en la página 78 el comentario de María Iglesias Vila, la misma que dice: “...En opinión de Ferrajoli, la constitucionalización del derecho genera... Una segunda alteración está relacionada con la actividad de los jueces. La existencia de una dimensión de validez sustantiva nos aparta de la visión del juez que está simplemente sujeto a la ley y tiene la función de reproducirla en los casos particulares. En sus propios términos “la sujeción a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución (D y G 26). Esta dimensión sustantiva exige a los jueces en la identificación y aplicación del derecho, emprender una actividad evaluativa y crítica de las leyes que consiste en acomodar su significado a la Constitución o, en caso de que esta acomodación ya no sea posible, denunciar su

inconstitucionalidad...” Por otro lado, los autores Carlos Arturo Hernández Díaz/Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón en el libro nro. 9 titulado Hemenéutica Jurídica e Interpretación Constitucional Ara Editores E.I.R.L. Géminis 701 dpto. 301-B Lima 39-Perú 2010 página 112 dice textualmente: “Por lo tanto, la Constitución ya no se limita a la ordenación de los poderes públicos... Las normas hoy en día se ocupan de materias como la propiedad, la familia, el matrimonio, las relaciones entre particulares, fijando así las bases de la ordenación de la vida no estatal, por ello, las constituciones, no se pueden observar en estos momentos como un catálogo organizativo y de derechos, sino como la fuente suprema del ordenamiento jurídico...” En este sentido de cosas, la solicitud de cuentas que hace el accionante Julio Humberto González Dapelo, es que lo hace en su condición de coheredero sobre los bienes dejados por su padre, lo cual está íntimamente vinculado con el derecho constitucional a la propiedad establecido en el art. 321 de la Constitución que dice “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal...”. El art. 11 nro. 5 de la Constitución que dice: “En materia de derechos garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la INTERPRETACIÓN que más favorezca su efectiva vigencia. En base a todo lo expresado, el suscrito Juez; considera que para caso presente en el que la demandada lleva administrando bienes por 38 años, es legal, necesario y hasta moral que proceda a rendir las cuentas solicitadas en aplicación de lo dispuesto en el art. 660 del Código de Procedimiento Civil. Consecuentemente se niega la inhibición solicitada por la demandada y se dispone que ésta rinda las cuentas solicitadas de los últimos diez años de su administración hasta la presente fecha. **Notifíquese.**

f) **Ab. Leonidas Prieto Cabrera, Juez Vigésimo Noveno de lo Civil.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

JUZGADO VIGÉSIMO NOVENO DE LO CIVIL DEL GUAYAS. Guayaquil, viernes 8 de julio del 2011. Las 18h06.

Juicio 1151-R-2010

VISTOS: Agréguese los escritos presentados por las partes. En lo principal, se amplía la providencia dictada el 13 de mayo del 2011, a las 10h57, en el sentido de que la demandada MARÍA LEONOR DAPELO viuda de GONZÁLEZ, por sus propios derechos, por su calidad de Albacea testamentaria y Administradora de la sucesión indivisa de su cónyuge que en vida llamó JULIO CÉSAR GONZÁLEZ MOSQUERA, en el término de tres días, rinda las cuentas solicitadas, conforme a lo establecido en el art. 661 del Código de Procedimiento Civil. Niégase la revocatoria planteada por la demandada por improcedente. **Notifíquese.**

f) **Ab. Leonidas Prieto Cabrera, Juez Vigésimo Noveno de lo Civil.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Nro. 566-2011 (*rendición de cuentas*)

Ponencia: Abogada Esther Balladares.

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Guayaquil, 13 de agosto de 2012. Las 14h31.

VISTOS: Las suscritas, doctora Dora Moreano Cuadrado y abogadas Martha Chica Véliz y Esther Balladares, avocamos conocimiento del presente juicio en nuestras calidades de juez titular y conjueces encargados, respectivamente, en vista de las acciones de personal n.ºs 2848-DPN, emitida el 25 de julio de 2012 por el doctor Mauricio Jaramillo Velasteguí, Director General del Consejo de la Judicatura, 3973-UARH-KZF emitida el 31 de julio de 2012, y 4145-UARH-KZF, ambas por el abogado Luis Naranjo Vergara, Director Provincial del Guayas y Galápagos - Consejo de la Judicatura de Transición. En lo principal, para resolver el recurso de apelación interpuesto a fojas 127-128 por la demandada Mercedes María Leonor Dapelo viuda de González, del auto resolutorio expedido el 13 de mayo de 2011 por el Juez 29 de lo Civil de Guayaquil, en el juicio de rendición de cuentas que le sigue Julio Humberto González Dapelo, y estando radicada la competencia en esta Sala por el sorteo de ley, se considera: **PRIMERO:** En el trámite del juicio no se observa ninguna omisión de solemnidad sustancial, ni existen vicios de procedimiento, por lo que se confirma su validez; **SEGUNDO:** A fojas 31-35, comparece Julio Humberto González Dapelo, manifestando que su padre doctor Julio César González Mosquera, bajo la razón de “Botica Victoria” inició el negocio el 8 de mayo de 1952 con el nro. 7514 de la matrícula de comercio, que luego pasó a denominarse Laboratorios “G.M.”; que su mencionado padre falleció en esta ciudad el 12 de diciembre de 1972, habiendo otorgado testamento abierto el 22 de octubre de 1972 ante el Notario Segundo de este cantón Guayaquil, inscrito el 19 de enero de 1973 en el Registro de la Propiedad de este mismo cantón, y el 20 de septiembre de 1982 en el Registro de la Propiedad del cantón Salinas, en el cual dejó a sus hijos la mitad de sus bienes que corresponde la legítima rigorosa, y adicionalmente a sus hijos legítimos, la cuarta de mejoras; en tanto que la cuarta de libre disposición la testó a favor de su madre (del compareciente), María Leonor Dapelo de González, a quien además designó como su Albacea testamentaria con tenencia de bienes, y a él, como sustituto en caso de falta o impedimento de su madre, por todo el tiempo que sea necesario para el arreglo de la sucesión y hasta que se haya verificado la división y adjudicación de los bienes hereditarios a los correspondientes adjudicatarios; que con posterioridad al deceso del causante, la albacea testamentaria, por la continuidad del negocio o empresa en marcha, solicitó y obtuvo la cancelación de la matrícula de comercio referida y el otorgamiento a los herederos de su padre, de la nueva matrícula de comercio bajo la razón de LABORATORIOS “G.M.” SUCESORES DEL DR. JULIO GONZÁLEZ M. con un capital de S/. 1'000.000,00 (suces) para seguir operando en el

inmueble del km. 3,5 de la Avenida Carlos Julio Arosemena Tola, con el registro de los modelos de las firmas de su madre, como albacea titular y la de él como albacea sustituto; que la referida matrícula de comercio se inscribió el 4 de junio de 1975 en el Registro Mercantil de Guayaquil, con el nro. 1872, de fojas 7885 a 7910, y anotada bajo el nro. 7419 del repertorio, con Registro Único de Contribuyentes nro. 099022194001; que la Albacea testamentaria no ha inscrito a la sucesión indivisa propiamente tal como contribuyente en el RUC, conforme lo dispone el art. 3 de la Codificación de la Ley de Registro Único de Contribuyentes, concordante con el art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, ni estaría cumpliendo con las obligaciones que le impone el Art. 6 el Reglamento General de esta última Ley; que el 18 de diciembre de 1972, a raíz del fallecimiento de su padre, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales para la antes descrita empresa en marcha, bajo la dirección y administración de la albacea testamentaria, con quien tuvo en lo personal y en el ámbito laboral una buena relación hasta el año 2009 en que comenzaron las desavenencias derivadas de su reclamo por falta de rendición de cuentas de dicha Empresa en marcha y por la indebida injerencia de la señora María Leonor González Dapelo de Mosquera en la dirección y administración que, de hecho ya venía ella ejerciendo en la Empresa, y que ahora pretende ejercer supuestamente de derecho; que la inmotivada negativa a rendir cuentas y a entregar los elementos necesarios para la valoración de la empresa en marcha y de los demás bienes sucesorios, para poder establecer el valor de la cuota que en ellos le corresponde como heredero, resultó confirmada por el sorpresivo despido intempestivo en su calidad de empleado de la Empresa en marcha, concretado mediante la comunicación escrita de fecha 16 de agosto de 2010, recibida en la misma fecha, por la cual la Albacea testamentaria le notificó que no era necesaria su presencia en las instalaciones del Laboratorio y que deje de ocupar la oficina que mantenía en dicha empresa familiar, haciéndole conocer, además, que el personal de seguridad del Laboratorio tenía y tiene expresa disposición para hacer cumplir la medida, lo que efectivamente se puso en vigencia ese mismo día; que en nada altera lo dicho el ofrecimiento hecho por dicha albacea de seguir pagándole el mismo estipendio que como remuneración venía percibiendo mensualmente, pero ya no en calidad de tal sino “a buena cuenta” de lo que pudiere haber en la sucesión de su padre, lo que ha rechazado puesto que una cosa es la calidad de empleado de la referida Empresa en marcha, para la que laboró hasta ser despedido intempestivamente y otra distinta es en calidad de heredero, por lo que le corresponde, entre otros derechos, acceso a los bienes de los que está impedido y al derecho a recibir cuentas e informes; que con fecha 5 de octubre de 2010, a fojas 106890 a 106921, con el número 19114 del Registro Mercantil de Guayaquil, repertorio 48048, anotado a fojas 227 del Libro de Matrículas Tomo 2 y 7985, consta inscrito el auto del 17 de septiembre de 2010 dictado por el Juez Tercero Temporal de lo Civil de Guayaquil, en el que a

pedido de la Albacea testamentaria autorizó la reforma a la matrícula de comercio de Laboratorios G.M. Sucesores del doctor Julio González M., consistente en el aumento del capital de trabajo de dicha empresa en marcha a la suma de USD \$679.325,31, la revocatoria del registro de su firma autorizada sustituta, y el registro de la firma de María Leonor González Dapelo de Mosquera, como administradora y representante del mencionado Laboratorio, individual o conjuntamente con la Albacea testamentaria titular; que el testamento que su padre otorgó por escritura pública, en el que consta la designación de su madre, doña María Leonor Dapelo viuda de González, como Albacea testamentaria constituye título ejecutivo, el mismo que justifica la obligación de dicha Albacea de rendir cuentas; y, que por lo tanto, demanda a la señora María Leonor Dapelo viuda de González, la presentación y rendición de las cuentas de su administración como Albacea testamentaria con tenencia de bienes y derechos de los dejados por el Dr. Julio César González Mosquera, en que incluye la Empresa en marcha Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., por el período que va desde que inició su administración, el 19 de enero de 1973 en que se inscribió el testamento del causante en el Registro de la Propiedad de Guayaquil, hasta la fecha en que se ordene tal rendición de cuentas; así mismo solicita que la Albacea testamentaria ponga a disposición los documentos siguientes: **a)** Estados de cuenta corriente nro. 8666-6 de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., del Banco Bolivariano, desde que se la abrió hasta la presente fecha; **b)** Estados de cuenta de la libreta de ahorros nro. 2039964 de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., del Banco Bolivariano, desde que se abrió hasta la presente fecha; **c)** Estados de la cuenta corriente nro. 31148269-04 de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., en el Banco de Pichincha, desde que se la abrió hasta la presente fecha; **d)** Copias de los formularios de declaraciones y pagos anuales de impuesto a la renta, desde el año 1973, por el referido negocio en marcha que en el año 1975 pasó a denominarse Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., así como de la sucesión indivisa del causante en caso que se hayan presentado, en ambos casos, hasta el de ejercicio económico 2009; **e)** Copias de los formularios de declaraciones y pagos mensuales por IVA y retención en la fuente; **f)** Balance de situación de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M.; **g)** Roles de pago de remuneraciones mensuales, adicionales, utilidades y vacaciones de los empleados y trabajadores de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., desde enero del 2008 hasta la presente fecha; **h)** Planillas de aportes mensuales al IESS por los empleados y trabajadores afiliados al mismo por Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M.; e **i)** Listado de los informes bancarios mensuales de Laboratorios “G.M.” Sucesores del doctor Julio César González M., desde enero del 2008 hasta la presente fecha, correspondientes a las tres cuentas bancarias antes referidas. En

el auto de calificación de la demanda de fojas 37, el Juez la ha mandado a tramitar en juicio ejecutivo y ha dispuesto se cite a la demandada para que en el término de tres días presente las cuentas y documentos solicitados. A fojas 41-43 consta citada por boletas la accionada los días 14, 16 y 17 de mayo de 2011, quien comparece a fojas 51 oponiéndose a rendir cuentas porque si bien el artículo 1317 del Código Civil manifiesta que el Albacea con tenencia de bienes tiene las mismas facultades y obligaciones del curador yacente de la herencia, entre las cuales consta la rendición de cuentas, éstas se pueden exigir una vez finalizado el cargo según el artículo 1330 del Código Civil, que se impone sobre la disposición general del art. 441 *ibídem*, en relación a la oportunidad de su exigencia; que se está tramitando el juicio de sucesión e inventario y avalúo nro. 425-2010 en el Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Guayaquil por lo que no ha finalizado el cargo de la compareciente; y, **TERCERO:** Al análisis de lo actuado, la Sala observa: a) Del testamento solemne abierto acompañado a la demanda se desprende que el testador designó como Albacea testamentaria a su cónyuge sobreviviente señora María Leonor Dapelo de González, por todo el tiempo necesario para el arreglo de mi sucesión y hasta que se verifique dicho arreglo tal cargo lo ejercerá hasta que se haya verificado la división y adjudicación de los bienes hereditarios a quienes corresponda y la entrega de dichos bienes a los correspondientes adjudicatarios...”, sin especificar ni determinar plazo, sino en forma indefinida; b) Por otra parte el art. 1325 del Código Civil expresa que si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del albaceazgo, durará un año contado desde el día en que albacea haya comenzado a ejercer su cargo. De lo anterior, tenemos que la naturaleza del cargo de albacea es transitorio, su nombramiento es circunstancial y puntual para el cumplimiento de la voluntad de lo que el testador ha dispuesto, más no a la voluntad, libre albedrío o potestad del albacea. Para el caso que el testador no determine el tiempo cierto (año, mes y día), es de entenderse que dicho encargo no debe durar más de un año, salvo prorrogación judicial por un año más (artículo 1326 C. Civil). Entonces, en base a tal disposición legal, el cargo de la demandada señora María Leonor Dapelo viuda de González feneció al siguiente año del fallecimiento de su cónyuge, esto es, el 13 de diciembre de 1973, convirtiéndose así con la evidente conformidad de los herederos, en administradora de hecho de los bienes hereditarios; y, c) Es verdad lo que afirma la accionante en su escrito de contestación fundamentada en el art. 1330 del Código Civil, en el sentido de que la obligación de rendir cuentas es una vez terminado el cargo de albacea, pero resulta que en tal encargo no se ha estipulado plazo alguno y al haber transcurrido el año que debió durar el cargo de albacea, la administración ha continuado de hecho como ya se dijo antes, por lo que la demanda debe prosperar. Por lo tanto, sin necesidad de otras consideraciones, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, confirma el auto recurrido. **Notifíquese.**

f) **Abogada. Esther Balladares Macías, Conjuez. Ab. Martha Chica V., Conjuez. Msc. Dora Moreano Cuadrado, Jueza.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Guayaquil, lunes 3 de septiembre del 2012. Las 12h38.

VISTOS: Agréguese los escritos presentados por Julio Humberto González Dapelo con el que da contestación al traslado corrido en providencia inmediata anterior. En atención a lo manifestado por Mercedes María Leonor Dapelo viuda de González, en su escrito de aclaración y ampliación de la sentencia dictada por esta Sala el 13 de agosto del 2012 a las 14h31. Al efecto se estima que, tratándose de una sentencia se aclara lo que es oscuro y se amplía, entre otros casos, cuando no se ha resuelto algún punto controvertido; la sentencia es suficientemente clara, inteligible, comprensible, transparente, diáfana y se resolvió lo que fue materia del recurso de apelación con suficiente amplitud, profundización y extensión. Por lo expuesto, no encontrándose la sentencia en mención en los casos previstos en el art. 282 en relación con el 281 del Código de Procedimiento Civil se deniega por improcedente el pedido de aclaración y ampliación. **Notifíquese.**

f) **Msc. Dora Moreano Cuadrado, Juez de Sustanciación. Abogado Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez. (V.S.) Abogada Martha Chica Véliz, Conjuez.**

VOTO SALVADO

Abogado: Jorge Jaramillo Jaramillo.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Guayaquil, 3 de septiembre de 2012. Las 12h38. No me corresponde pronunciarme por lo que salvo mi voto respecto de la aclaración y ampliación formulada a fojas 20 por la demandada Mercedes María Leonor Dapelo viuda de González, por cuanto yo no suscribí la sentencia expedida dentro del presente juicio por encontrarme en goce de vacaciones. **Notifíquese.**

f) **Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo, Juez. Ab. Martha Chica V., Conjuez. Msc. Dora Moreano Cuadrado, Juez.**

FALLO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTENACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, a 15 de febrero de 2013. Las 08h50.

VISTOS: (Juicio nro. 388-2012 JBP)

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 nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con 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 artículo 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 interpuesto por la señora Mercedes María Leonor Dapelo Rossignoli contra la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 13 de agosto de 2012, las 14h31, dentro del juicio ejecutivo, por rendición de cuentas, que sigue el señor Julio Humberto González Dapelo contra la recurrente. La casacionista afirma haberse infringido las normas de derecho contenidas en los arts. 273, 1324 y 1325 del Código Civil, y, 415 y 661 del Código de Procedimiento Civil. Funda el recurso en las causales primera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. **3. 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 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, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Sexta Edición, Bogotá, 2005, p. 71). Es objetivo fundamental de la casación 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. **4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA. EL JUICIO EJECUTIVO NO ES UNO DE CONOCIMIENTO.** Este Tribunal de Casación considera necesario referirse a la procedencia del recurso de casación. En armonía con el Art. 2 de la Ley que lo regula, el recurso extraordinario y supremo “Procede contra las sen-

tencias 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 que comprende, cuál es el contenido de los procesos de conocimiento. **4.1.** 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 derecho 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 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 señala que “...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, p. 165). 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 “Aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de 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 a los 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 aquél. “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 expresa 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)” (ídem. p. 93). Eduardo J. Couture, refiriéndose a las acciones (proceso) de conocimiento, comenta que por ellos “se procura tan solo 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., 4.ª Edición, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 67). Como se observa, la doctrina encasilla, por su finalidad, a los procesos de conocimiento, de ejecución y cautelares. Para el mejor entendimiento, cabe precisar que la doctrina (supra, de Lino Enrique Palacio v.g.) y la legislación actual de varios países (en la que se incluye la de Ecuador) distinguen entre juicios cambiarios que se fundamentan en títulos valor (letra de cambio, cheque, pagaré a la orden, entre otros) y los juicios que sustentan en los demás documentos que tienen carácter de ejecutivos, -como es el que sustenta esta demanda de rendición de cuentas-, “...se sostiene que los títulos valor dan origen al juicio cambiario, una especie del juicio ejecutivo, en el cual no se discute si no lo atinente a los vicios de forma de título y a los hechos que puedan afectarles producidos con posterioridad a su nacimiento; esta tesis es perfectamente sustentable en nuestra patria en razón de lo que dispone el inciso 1º del artículo 229 de la vigente Ley de Mercado de Valores” (Dr. Santiago Andrade U., la Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pp. 93 y 94). Al respecto así se ha

pronunciado la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en varias sentencias como las de 24 de junio de 1998, juicio nro. 346-97; de 21 de octubre de 1998, juicio nro. 163-98; de 04 de octubre de 2002, juicio nro. 425-2001. En la primera de estas sentencias, se lee: “la letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque, así como la escritura pública en que apoya y refiere específicamente a éstos, son documentos formales que tienen protección especial de la ley, que hace que las obligaciones de dar consignadas, sean derechos preestablecidos, cuyo titular puede exigir inmediatamente su ejecución y cumplimiento. Basta reparar en los Arts. 487 y 411 del Código de Comercio, y el Art. 2 de la Ley de Cheques, para descubrir ese elemento distintivo que les ha consagrado el legislador, a diferencia de los otros títulos ejecutivos...” 4.2 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 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’**” (las negritas no constan del texto original). El Plenario de las Comisiones Legislativas se allanó al veto parcial y aceptó ese criterio, es decir que la categoría “procesos de conocimiento” comprende a aquellos que se sustancian por las vías ordinaria o verbal sumaria, es decir los de lato y abreviado conocimiento, en su orden. 4.3. El Art. 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”. La necesaria consecuencia y, así debe entenderse, es que esos actos jurisdiccionales concluyen, dan fin a los

juicios ordinarios y verbal sumarios. Claramente se aprecia que, el eje transversal de la casación es el fallo definitivo y ejecutoriado, con fuerza de cosa juzgada sustancial o material, proferido en uno de esos dos juicios. **5. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia proferida por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 13 de agosto de 2012, a las 14h31, dada la improcedencia del recurso de casación en los términos que se dejan expuestos. Entréguese el monto de la caución a la parte perjudicada por la demora. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional. Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Juez Nacional.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, a 27 de marzo de 2013. Las 09h00.

VISTOS: (Juicio nro. 388-2012 JBP)

1. ANTECEDENTES: La señora Mercedes María Leonor Dapelo viuda de González pide aclaración de la sentencia proferida por los suscritos Jueces Nacionales. Cabe puntualizar que la sentencia constituye un todo, por ello que, particularmente sus considerandos no pueden ni deben ser separados de la parte dispositiva, mismos que *“...servirán, al menos, para ilustrar a ésta, entenderla y poderla ubicar en el correcto límite (objetivo y subjetivo) que informa su verdadero contenido y permite, por consiguiente, la impugnación si corresponde”* (Enrique Vescovi, Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 39). Los recursos horizontales, reposición, aclaración, ampliación, son aquellos por medio de los cuales *“se impugna el sentido y contenido de una decisión ante el mismo juez que la dictó”* (Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil. Vol. V. Editorial Justicia y Paz, Guayaquil, 1988, p. 58). En este contexto, la aclaración, art. 282 del Código de Procedimiento Civil, tiene por finalidad que el juez o tribunal que ha dictado una providencia (sea decreto, auto o sentencia) precise los puntos oscuros o de defectuosa redacción, aquellas partes que resultan ininteligibles. **2.** Dice la recurrente: *“Que ustedes fueron designados como Conjuces de la Sala Especializada en las materias de Familia, Niñez y Adolescencia, por lo tanto no son de su competencia los asuntos en materia civil, por lo que solicito se sirvan aclarar por qué substraen de la competencia a la Sala Especializada de lo Civil”*. **3.** La sentencia objeto de aclaración fue dictada por los suscritos Jueces de la Sala de la

Familia, no por sus Conjuces. La palabra jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados, es vocablo polisémico, la acepción que interesa es en su sentido preciso y técnico de función pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, se la define como: *“... función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”* (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4.ª edición, Editorial I B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 34). Esta función se realiza mediante órganos competentes que, en principio, son los órganos de la Función Judicial. La jurisdicción, siendo única pues que se la ejercita en cualquier lugar, respecto de cualquier persona o materia y por cualquier órgano jurisdiccional preestablecido, siempre será la misma, nunca dejará de ser ejercida sino por jueces y tribunales que obran por mandato del poder público del Estado administrando justicia en los asuntos que concretamente conozcan, se distribuye entre los diversos tribunales y juzgados por razón del territorio, de las cosas o materia, de las personas y grados. Mientras la jurisdicción consiste en el poder o facultad de administrar justicia, la competencia encarna su ejercicio práctico en cuanto facultad específica para cierto ámbito. En este contexto se entiende el contenido de los Arts. 1 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil y 156 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo que, conforme a estas disposiciones y la doctrina universal, todo juez o tribunal tiene jurisdicción, pero no todo juez tiene competencia para conocer un determinado asunto, sino sólo aquél a quien la ley le asigna una porción o parte determinada de la jurisdicción, art. 157 inciso primero del citado Código Orgánico. La competencia es una medida de jurisdicción, es la jurisdicción limitada o el ejercicio limitado de la jurisdicción; es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico es decir aquél específicamente asignado para el conocimiento de determinado órgano jurisdiccional. *“...es decir, el poder o facultad de administrar justicia, de ejecutar lo juzgado o de intervenir solemnizando los actos, pero solamente respecto de ciertas materias, personas, territorio, cuantía o grados”* (Enrique Coello García, Sistema Procesal Civil. Jurisdicción y Competencia, t. I, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca, 1991, p. 65). Competencia es, en consecuencia, la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. Juez o tribunal competente es, por tanto, *“Aquel que actúa dentro de la circunscripción territorial y en la materia y cuantía que le corresponda según el grado al que pertenece y respecto a personas que le están sometidas”*. (Dr. Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, PUDELECO Editores S.A., t. I, tercera edición, Quito, 2002, p. 271). **3.1.** El Art. 182 de la Constitución de la República prevé la organización de la Corte Nacional de Justicia por medio de Salas Especializadas;

en tanto que, el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 183 establece la integración de este máximo órgano de administración de justicia ordinaria a través de ocho salas, siendo una de ellas la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, a la que el Art. 189 ejusdem le asigna conocer: “1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; y, 2. Los demás asuntos que establezca la ley”. Como se colige, es de competencia privativa de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia conocer los recursos de casación en los juicios en que se controvierten asuntos relacionados con sucesiones. La rendición de cuentas que demanda el señor Julio Humberto González Dapelo contra la ahora recurrente, se origina en el testamento otorgado por el doctor Julio César González Mosquera el 22 de octubre de 1972 y en el que designó a doña María Leonor Dapelo viuda de González “albacea con tenencia de bienes”. El Título Octavo de los Ejecutores Testamentarios corresponde al Libro Tercero de la Sucesión por Causa de Muerte, y de las Donaciones Entre Vivos, materia que por imperio legal, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, se reitera, es de competencia excluyente de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia esto es conocer los recursos de casación contra las sentencias proferidas por cortes provinciales en todo lo relacionado con esa especificidad. Por el principio de la perpetuatio jurisdictiones la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda, es la determinante de la competencia para todo el curso del proceso, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla. Empero, “La perpetuatio jurisdictiones no existe frente a las nuevas leyes procesales... si la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso” (Hernando Devis Echandía, op. cit. p. 144). Es de advertir que el Art. 162 inciso final del Código Orgánico de la Función Judicial, de modo imperativo consagra “En ningún caso se proroga la competencia en razón de la materia”; en tanto que, el Art. 76.7 k) de la Constitución de la República dispone que, “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... Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente...”. Se adiciona que, en armonía con la Disposición Transitoria Segunda inciso último, del Código Orgánico en mención, “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...”. Tal fecha (de posesión) fue el jueves 26 de enero de 2012. 4. Pide la recurrente aclarar “...por qué en su sentencia luego de una prolongada motivación doctrinaria sobre los juicios de conocimiento y ejecutivos, y sin analizar concreta y motivadamente si el testamento presentado por el actor como título ejecutivo justifica la obligación de rendir las cuentas, ustedes

declaran improcedente el recurso de casación, reitero sin entrar a analizar la ejecutoriedad (sic) del título”. De la sentencia que se pide aclaración consta de modo pormenorizado que improcede el recurso de casación contra sentencias dictadas en juicios ejecutivos, así consagra el Art. 2 de la Ley de Casación: “Procedencia. El recurso de casación 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”. La prolongada motivación doctrinaria sobre los juicios de conocimiento y ejecutivos, que aduce la recurrente, tuvo precisamente la finalidad de dejar en claro que no son impugnables, vía recurso de casación, las sentencias proferidas en juicios ejecutivos. Este Tribunal, por esa argumentación jurídica, mal podía “entrar a analizar la ejecutoriedad del título”, que entendemos se refiere a la ejecutividad del mismo. 4.1. Los eventos que prevé el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil no concurren en la especie. En consecuencia, se niega el recurso horizontal de aclaración en los términos en que ha sido interpuesto. Actúe la doctora Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal nro. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. **Notifíquese.**

f) **Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional. Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Jueza Nacional.**

IV

Juicio nro. 043-2013

Resolución nro. 0107-2013

Juicio ordinario por nulidad de testamento propuesto por Luis Gerardo Benalcázar Barragán y otros contra Luz María Benalcázar y otra.

SÍNTESIS:

Las hijas del de cujus demandan la nulidad del testamento abierto, en el cual contempla solo a dos de sus nueve hijos. Adicionalmente, la nulidad de la escritura pública de Aclaratoria de Testamento hecho por una de las dos hijas legatarias del testamento. Con este antecedente en la instancia y apelación se aceptó la demanda y declaran nulos ambos instrumentos. Para resolver el recurso interpuesto, la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, casa parcialmente la sentencia, pues no se advierte omisión o vicio en los requisitos o formalidades que deben observarse para la validez del acto o contrato, mismos que son objetivos o subjetivos según se refieran a la naturaleza misma del negocio jurídico o a la calidad de las personas que lo celebren. Aclara la Sala que respecto de los primeros son falta de consentimiento, error esencial, causa ilícita, objeto ilícito y omisión de solemnidades exigidas en consideración a la

naturaleza del contrato y los actos de los absolutamente incapaces; en tanto que, respecto de los segundos, son sus causas el error substancial, la fuerza, el dolo, los actos de los relativamente incapaces y la omisión de requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. De todo lo cual, analizada la situación legal de los accionantes que prevé el Art. 1241 del Código Civil: *“Efectos de la preterición. El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima”*. Como el preterido es instituido heredero, la acción o acciones que debe intentar en defensa de su legítima rigurosa es o son absolutamente incompatibles con la acción de nulidad propuesta, por lo que se rechaza esa pretensión en la demanda.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PASTAZA. Pastaza. Martes 15 de mayo del 2012. Las 16h33.

VISTOS: El doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas comparece en calidad de procurador judicial de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar, hijos y legítimos herederos de quien en vida fue Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fallecida el 21 de abril del año 2011, conforme consta de las partidas de nacimiento y de defunción que adjunta. Manifiesta que de la copia certificada del testamento solemne y abierto que acompaña, otorgado por la difunta señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre del año 2007 e inscrita el 31 de mayo del 2011; y escritura pública de aclaratoria de testamento celebrada en la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 06 de junio del 2011 y marginada el 06 de junio del mismo año, se desprende que la testadora ha instituido a favor de sus hijas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán como sus únicas y universales herederas de los derechos y acciones que le correspondía como gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, pro indiviso sobre un inmueble y casa de habitación ubicados en la ciudad de Puyo, cantón y provincia de Pastaza, en la avenida 20 de julio y Bolívar, violando las asignaciones forzosas que establecen los art. 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el art. 1121 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el art. 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas; esto es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios que son los hijos y los padres, cuya disposición es imperativa y el testador no puede dejar de observar como ha ocurrido en el presente caso en que la testadora a dispuesto

de los bienes que como gananciales corresponden a la sociedad conyugal formada con su cónyuge a favor de sus nueve hijos de los cuales siete son los mandantes del actor Aurelio Quito, produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los art. 1698 (sic) que establece que la nulidad producida por un objeto y causa lícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan, son nulidades absolutas, tanto en lo que se refiere a la identidad de los vendedores de la propiedad porque la testadora dice tener derechos y acciones que como gananciales le corresponde a la sociedad conyugal formada por su cónyuge en el bien ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos cuando de acuerdo al historial de dominio del Registro de la Propiedad, aparece que la testadora y su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés adquirieron los inmuebles por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán mas no a Julián Sales e Ilda Arcos; tanto más que, en las cláusulas tercera y cuarta del testamento no se determina la singularización que la testadora dice tener derechos y acciones por concepto de gananciales, no se establece su correcta ubicación como tampoco su cabida y linderos. Afirma además el procurador judicial que la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 06 de junio del 2011, con posterioridad al fallecimiento de su madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaria Segunda de Pastaza para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luis Rosa Adelaida Barragán Alvear el 27 de noviembre del 2007, en el que se instituye como únicas y universales herederas a Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán respecto de los derechos y acciones que le correspondían a la testadora en los gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés, cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrojado la supuesta beneficiaria la facultad de aclarar el testamento otorgado por su madre, sin considerar que única y exclusivamente la facultada de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en dicho testamento tenía su madre mientras estaba viva, porque se trata de un acto personal y por un error se ha hecho constar que la compra fue hecha a Julian Sales y señora, cuando en realidad ha sido de dos lotes a diferentes personas y en la cláusula tercera se pretende aclarar tal particular en base al certificado conferido por el Registrador de la Propiedad el 22 de mayo del 2011; resultando que esta aclaración no solamente es ilegal sino una verdadera alteración del testamento otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear y por consiguiente esta aclaración adolece de nulidad absoluta por existir causa y objeto ilícito. Por lo que con fundamento en lo dispuesto en los art. 1201, 1194, 1698, 1482, 9, 1307, 1309 y 1041 del Código Civil y los art.

169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil demanda en trámite ordinario a Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar la nulidad absoluta del testamento solemne abierto celebrado por Luisa Rosa Adelaida Barragán a favor de Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrada en la Notaría Segunda de Pastaza, cuyo actos y escrituras públicas los actores consideran nulos e ilegales puesto que no respeta las asignaciones forzosas que la testadora estuvo obligada hacer a sus legitimarios y este adolece de falsedad en cuanto a la identidad de los vendedores de la propiedad, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos, cuando de acuerdo al historial de dominio determinado en el certificado conferido por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza consta que adquirieron los bienes inmuebles en la ciudad de Puyo por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a Julián Sales e Ilda Arcos; porque además existe omisión en su contenido, ya que en las cláusulas tercera y cuarta no se encuentra singularizado el bien indicado en el testamento ya que en estos casos los datos deben ser claros y precisos; y, finalmente porque existe causa y objeto ilícito en la aclaratoria de testamento celebrada el 06 de junio del año 2011 ante la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez, Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza por la heredera Luz María Benalcázar Barragán puesto que dicha beneficiaria se toma la facultad de aclarar el testamento, sin considerar que única y exclusivamente le corresponde a la testadora la potestad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en el testamento, mientras viva, porque se trata de un acto personal, conforme prescriben los art. 1037, 1039 y 1041 del Código Civil. Aceptada a trámite la acción y citadas las demandadas Gladys Pilar Benalcázar Barragán en persona, Luz María Benalcázar Barragán por boleta, así como los presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear por el periódico La Prensa, comparece Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán negando los fundamentos de hecho y de derecho, alegando improcedencia de la demanda y nulidad de la acción. La Notaría Elizabeth Naveda por su parte, niega los fundamentos de hecho y derecho de la demanda e impugna la acción por extemporánea y carecer de fundamento legal, alega ilegitimidad de personería del actor argumentando que la procuración judicial no reúne los requisitos estipulados en la ley y falta de legítimo contradictor. Se ha convocado a las partes a junta de conciliación la cual ha tenido lugar en rebeldía de las demandadas. Fenecido el término probatorio y encontrándose la causa para resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** El suscrito juez es competente para conocer la presente causa en virtud del sorteo realizado y por haberse observado las solemnidades legales el proceso es válido. **SEGUNDO:** En el orden a probar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda los actores han solicitado que se reproduzca a su favor la copia del testamento solemne abierto otorgado por Luisa Rosa

Adelaida Barragán Alvear a favor de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrado en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez el 27 de noviembre del año 2007, documento con el cual prueba que en las cláusulas tercera y cuarta no se ha singularizado el bien heredado y con ello prueban que no se ha cumplido con los arts. 1021, 1204, 1205, art. 1194 y siguientes del Código Civil que regula la sucesión por causa de muerte. Reproducen además los certificados conferidos por el señor Registrador de la Propiedad a fojas 22 y 23 de los autos y el informe pericial realizado por Agr. Frankie Lugo constante a fojas 160, 161 y la ampliación al informe pericial a fojas 167 de los autos, mediante los cuales se prueba que el lote constante en el testamento en cuestión fue adquirido a la Municipalidad de Pastaza y el otro a los conyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a los cónyuges Julia Sales e Hilda Arcos como consta en el testamento. También reproducen como prueba a su favor la escritura pública de aclaración del testamento solemne abierto otorgado por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, el día 6 de junio del año 2011 celebrada sobre el testamento dejado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear e informe pericial constante a fojas 141 y aclaración de fojas 169, con lo que se demuestra que la señora Luz María Benalcázar Barragán, aclara el testamento dejado por su madre; sin tomar en consideración que la única facultada a hacerlo es quien lo otorgó. **TERCERO:** En otro orden las demandadas han negado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, alegando improcedencia de la acción y nulidad de la misma; y la fedataria que ha solemnizado las escrituras cuestión (**sic**) impugna la demanda alegando extemporaneidad, ilegitimidad de personería, falta de legítimo contradictor y con el objeto de probar tales excepciones se solicita inspección a los protocolos de la Notaría Segunda de Pastaza a efecto de verificar si tanto el testamento cuanto la escritura aclaratoria se han omitido requisitos de los que exige la Ley Notarial para estos casos, contrayéndose la prueba de la parte demanda (**sic**) a demostrar que para la celebración del testamento se observó todos los requisitos legales, argumentando también que se ha demandado únicamente la nulidad de absoluta de las escrituras, pero jamás se ha demandado la nulidad del contrato que contiene dichas escrituras, y finalmente alegan que la nulidad absoluta se causa únicamente por la omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos y en consecuencia según la parte demandada si las escrituras reúnen todos los requisitos legales, no procede la nulidad absoluta. Finalmente han solicitado examen grafológico de las firmas de los otorgantes del poder conferido al doctor Quito, también ha reproducido posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, cuyas pruebas resultan superficiales y no deciden la suerte de lo principal concluyéndose que la parte demandada no ha probado sus excepciones. **CUARTO:** Los artículos 1021, 1194,

1204, 1205 del Código Civil claramente determinan las normas que reglan la sucesión de los bienes que el difunto no ha dispuesto o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho; y que en su parte pertinente determinan que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer y se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas; disponen además que una de esas asignaciones forzosas son las legítimas y explica la legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios; y que los legitimarios son, por consiguiente, herederos, a su vez aclara que son los hijos y los padres. Por lo cual se concluye que estas disposiciones son imperativas tanto es así que el testador no puede dejar de observarlas ya que contiene una prohibición implícita; y, al no haber procedido en derecho, violó las normas legales por tal razón hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente existe nulidad del testamento, además el art. 1041 del Código Civil dispone que el testamento es un acto de una sola persona y serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgadas por dos o más personas a un tiempo ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. Por los considerandos expuestos y en virtud de hallarse demostrados los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta, rechazándose las excepciones y por existir graves errores de fondo que afectan la validez de los instrumentos en cuestión, se acepta la demanda presentada por el doctor Aurelio Quito, procurador judicial de los hermanos Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar; y en tal virtud, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DEL ECUADOR**, se declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la ahora extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre del 2007 ante la Notaría Segunda de Pastaza doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán e inscrito el 31 de mayo del 2011; así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizada mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 06 de junio del 2011 e inscrita en la misma fecha en el Registro de la Propiedad de Pastaza, disponiéndose que las cosas vuelvan al estado anterior, para cuyo efecto ejecutoriada esta sentencia notifíquese al señor Registrador Municipal de la Propiedad de Pastaza. **Léase** en público y **notifíquese**.

f) **Dr. Oswaldo Espinosa Prado, Juez.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PASTAZA. Pastaza, jueves 21 de junio del 2012. Las 13h35.

VISTOS: La doctora Patricia Naveda solicita aclaración y ampliación de la sentencia dictada en la presente causa manifestando que no se ha dicho nada respecto a las mejoras realizadas al inmueble materia de esta acción. Se ha corrido traslado a la parte contraria quien ha dado contestación argumentando que el recurso horizontal propuesto por la fedataria mencionada tiene como único objeto dilatar indebidamente el trámite de la causa. Al efecto de la revisión del fallo dictado se desprende que éste es claro y resuelve todos los puntos que han sido materia de la controversia, no encontrándose nada que aclarar o ampliar, consecuentemente se niega la petición de aclaración y ampliación propuestas, disponiéndose estar a lo ordenado en el fallo principal. En lo principal, el recurso de apelación presentado por Luz María Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán por ser legal y oportunamente interpuesto se lo acepta, el tal virtud, elévese al proceso al superior para que hagan valer sus derechos ante la H. Corte Provincial de Judicial de Pastaza. Por licencia del señor Secretario del Juzgado, intervenga el señor Jaime Lugo Sánchez en calidad de Secretario encargado. **Notifíquese**.

f) **Dr. Oswaldo Espinosa Prado, Juez.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Juez Ponente: Dr. Oswaldo Vimos Vimos.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PASTAZA. SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL. Pastaza, martes 8 de enero del 2013, las 16h53.

VISTOS: La Sala avoca conocimiento del la presente causa signada con el número 2012-0150, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, de la sentencia dictada por el Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, en el juicio ordinario de nulidad de testamento, que sigue el doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, en calidad de procurador judicial de Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barran, **(sic)** Gloria Leonor Benalcázar Barran, **(sic)** Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán, y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, resolución en la cual, el Juez a quo, declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre del 2007, ante la Notaría Segunda de Pastaza doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán e inscrito el 31 de mayo del 2011, así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizado mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 06 de junio del 2011 e inscrita en la misma fecha en el Registro de la Propiedad de Pastaza, disponiendo que las cosas vuelvan al estado anterior, para cuyo efecto ejecutoriada esta sentencia notifíquese al señor Registrador Municipal de la Propiedad de Pastaza. Concedido el recurso de apelación, y habiendo subido los autos a esta Sala; y una vez que

se encuentra agotado el trámite en esta instancia, para resolver, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** El trámite dado a la causa es la determinada (**sic**) por la Ley Procesal Civil, sin observarse omisión de ninguna solemnidad sustancial que lo vicie de nulidad, por cuya razón el proceso es válido y así se lo declara: **SEGUNDO:** De acuerdo a lo previsto por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. Así mismo el art. 114 del mismo Cuerpo legal, nos dice: *“Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a ley. Cualquiera de los litigantes pueden rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario”*. Y, el inciso segundo del art. 115 *ibídem*, nos dice: *“La jueza o juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”*: **TERCERO:** El doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, comparece en calidad de procurador judicial de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, hijos y legítimos herederos de quien en vida fue Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fallecida el 21 de abril del año 2011, conforme consta de las partidas de nacimiento y de defunción que adjunta. Manifiesta que de la copia certificada del testamento solemne y abierto que acompaña, otorgado por la difunta señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre del año 2007 e inscrita el 31 de mayo del 2011; y, escritura pública de aclaratoria de testamento, celebrada en la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 6 de junio del mismo año y marginada el 6 de junio del mismo año, se desprende que la testadora ha instituido a favor de sus hijas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán como sus únicas y universales herederas de los derechos y acciones que le correspondían como gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, pro indiviso sobre un inmueble y casa de habitación ubicados en la ciudad de Puyo, cantón y provincia de Pastaza, en la avenida 20 de Julio y Bolívar, violando las asignaciones forzosas que establecen los artículos 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el art. 1021 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el artículo 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas; esto es la cuota de los bienes de un difunto que la Ley asigna a los legitimarios que son los hijos y los padres, cuya disposición es imperativa y el testador no puede dejar de observar como ocurrido en el presente caso en que la testadora a dispuesto de los bienes que como gananciales corresponden en la sociedad conyugal formada con su cónyuge a favor de sus nueve hijos de los cuales siete son los mandantes del doctor Aurelio

Quito produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los artículos 1698 y 1482 del Código Civil, que establece que la nulidad producida por un objeto y causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que ejecutan, son nulidades absolutas, tanto en lo que se refiere a la identidad de los vendedores de la propiedad porque la testadora dice tener derechos y acciones que como gananciales le corresponde a la sociedad conyugal formada por su cónyuge en el bien ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos cuando de acuerdo al historial de dominio del Registrador de la Propiedad, aparece que la testadora y su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés adquirieron los inmuebles por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saá y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán mas no a Julián Sales e Ilda Arcos; tanto más que, que las cláusulas tercera y cuarta del testamento no se determina la singularización que la testadora dice tener derechos y acciones por concepto de gananciales, no se establece su correcta ubicación como tampoco su cabida y linderos. Afirma además el procurador judicial que la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 6 de junio del 2011, con posterioridad al fallecimiento de sus madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaría Segunda de Pastaza para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear el 27 de noviembre del 2007, en el que se instituye como únicas y universales herederas a Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán respecto de los derechos y acciones que le correspondían a la testadora en los gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés, cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrogado la supuesta beneficiaria la facultad de aclarar el testamento otorgado por su madre, sin considerar que única y exclusivamente la facultad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en dicho testamento tenía su madre mientras estaba viva, porque se trata de un acto personal y por un error se ha hecho constar que la compra fue hecha a Julián Sales y señora, cuando en realidad ha sido de dos lotes a diferentes personas y en la cláusula tercera se pretende aclarar tal particular en base al certificado conferido por el Registrador de la Propiedad el 22 de mayo del 2011; resultando que esta aclaración no solamente es ilegal sino una veredera alteración del testamento otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear y por consiguiente esta aclaración adolece de nulidad absoluta por existir causa y objeto ilícito. Por lo que con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1201, 1194, 1698, 1482, 9, 1307, 1309 y 1041 del Código Civil y los arts. 169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil demanda en trámite ordinario a Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar

Barragán la nulidad absoluta del testamento solemne abierto celebrado por Luisa Rosa Adelaida Barragán a favor de Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrado en la Notaría Segunda de Pastaza, cuyos actos y escrituras públicas los actores consideran nulos e ilegales puesto que no respeta las asignaciones forzosas que la testadora estuvo obligada hacer a sus legitimarios y este adolece de falsedad en cuanto a la identidad de los vendedores de la propiedad, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos, cuando de acuerdo al historial de dominio determinado en el certificado conferido por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza consta que adquirieron los bienes inmuebles en la ciudad de Puyo por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a Julián Sales e Ilda Arcos; porque además existe omisión en su contenido, ya que en las cláusulas tercera y cuarta no se encuentra singularizado el bien indicado en el testamento ya que en estos casos los datos deben ser claros y precisos, y, finalmente porque existe causa y objeto ilícito en la aclaratoria de testamento celebrada el 6 de junio del año 2011, ante la Dra. Patricia Elizabeth Naveda Suárez, Notaria Pública Segunda del cantón Pastaza por la heredera Luz María Benalcázar Barragán, puesto que dicha beneficiaria se toma la facultad de aclarar el testamento, sin considerar que única y exclusivamente le corresponde a la testadora la potestad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en el testamento, mientras viva, porque se trata de un acto personal, conforme prescriben los art. 1037, 1039 y 1041 del Código Civil. Termina señalando que la cuantía es indeterminada, que el trámite es ordinario, y señala el casillero judicial nro. 93 para recibir sus notificaciones. Aceptada la demanda a trámite en juicio ordinario, y citadas las demandadas Gladys Pilar Benalcázar Barragán; y, Luz María Benalcázar Barragán, así como los presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear por el periódico La Prensa, las demandadas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán a fojas 57 del expediente, comparecen a juicio manifestando que “El actor de esta causa, se encuentra confundido en su apreciación jurídica y legal, al presentarnos una demanda carente de fundamentos tanto de hecho como del derecho vigente, en tal virtud, nos permitimos proponer las siguientes excepciones: 1. Negativa pura, simple y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 2. Alegamos improcedencia de la demanda por los motivos que indicaremos oportunamente; y, 3 Alegamos nulidad de la acción. Termina señalando domicilio el casillero (sic) judicial nro. 135 para recibir sus notificaciones y la autorización que confieren al doctor Rodrigo Mena Peralta, para que a su nombre y representación firmen cuanto escrito en la presente causa; y designa como procuradora común a Luz María Benalcázar Barragán a fin de que sea la representante en éste (sic) causa. La doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez, comparece a juicio a fojas 59 de los autos de primera instancia, manifestando, negativa pura, simple y llana

de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta en su contra; impugna la acción por extemporánea y a la vez sin fundamento legal, alega ilegitimidad de personería del actor, en la calidad de que comparece, todo vez que la procuración judicial otorgada a su favor no reúne todos los requisitos que la ley estipula para el caso; alega falta de legítimo contradictor, toda vez que no ha violado ninguna disposición legal. Por lo manifestado, en sentencia díguese en (sic) declarar sin lugar la demanda y disponga el pago de daños y perjuicios. Termina designando al abogado César Torres Ortiz, a quien faculta suscribir todo cuanto escrito sea necesario para los intereses de su defensa, señalando casillero judicial nro. 59 para recibir notificaciones. Posteriormente se ha efectuado la junta de conciliación (fojas 62) y ha comparecido a la misma el actor doctor Aurelio Quito Rodas, en su calidad de Procurador Judicial de los mentados señores “Benalcázar Barragán”, quien dice a nombre de mis mandantes, sabiendo que esta diligencia tiene por objetivo fundamental buscar un acuerdo entre las partes que ponga fin a la causa, propongo a la parte demandada, que se allane a la demanda y que respetando lo dispuesto en el art. 1194 del Código Civil en relación con el art. 1021 ibídem, el cincuenta por ciento de gananciales que correspondió a la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, se dividan en partes iguales entre los nueve herederos, como así dispone la ley, fórmula conciliatoria que solicito poner en conocimiento de la parte demandada. Caso de no ser aceptada mi propuesta, me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, acuso la rebeldía de la señora Elizabeth Naveda Suárez Notaria Segunda del cantón Pastaza y de más personas que encontrándose legalmente citadas no han compareciendo a esta diligencia. Como esta junta de conciliación tiene por objeto buscar esa conciliación dejo presente que las demandadas impiden en forma ilegal el ingreso de las demás herederas al bien materia de esta litis. Por su parte, el doctor Rodrigo Mena Peralta, a nombre de Luz María Benalcázar Barragán, de quien ofrece legitimar esta su intervención y de Gladys Pilar Benalcázar Barragán, indica lo siguiente: Me ratifico en todas las excepciones deducidas al contenido de la demanda, además impugno la exposición hecha por la parte actora. Se acusa la rebeldía de los señores presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, así como de la doctora Elizabeth Naveda Suárez, Notaria Segunda del cantón Pastaza, por la no comparecencia a esta junta de conciliación, estando legalmente citados: **CUARTO:** Durante el término de prueba el accionante con el fin de justificar los asertos de su pretensión ha solicitado lo siguiente: 1. Que se tenga como prueba de su parte todo lo que de autos le fuere favorable, especialmente el escrito de demanda, documentación anexada, auto de calificación, la junta de conciliación, así como también la copia certificada de la partida de defunción anexada, auto de calificación, la junta de conciliación, así como también la copia certificada de la partida de defunción de la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fojas 12 del expediente, e impugna cualquier pretendida, y

de acomodo, mal llamada prueba que aporte o llegare a aportar la parte demandada, por impertinente; 2. Que se reproduzca a su favor las partidas de nacimiento de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán, Gladys Pilar Benalcázar Barragán, y Luz María Benalcázar Barragán, documentos que obran de fojas 13 a 21 de los autos.; 3. Que se tenga como prueba los certificados conferidos por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza, relacionado a los bienes de los cónyuges Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, que obra de fojas 22 y 23 de los autos. 4. Que se reproduzca a su favor la copia del testamento solemne abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear a favor de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrada en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez el 27 de noviembre del 2007; 5. Que se tenga como prueba de su parte la escritura pública de aclaración otorgada por Luz María Benalcázar Barragán, en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, el día 6 de junio del 2011, escritura con la que se trató de aclarar el testamento solemne abierto, que fuera otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, que consta de fojas 24 a 30 del proceso; 6. Se reproduzca a su favor las procuraciones judiciales conferidas y que obran de fojas 7 a la 11 vuelta del proceso; y, 7. Que se reproduzca a su favor las citaciones realizadas a las demandadas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, que obra de fojas 48 vuelta y 49 vuelta, así como las realizadas a los presuntos y desconocidos herederos, mediante publicaciones de fojas 50, 51 y 52 de los autos. También ha solicitado como prueba el contenido de los artículos 1194, 1204, 105, 1021, 1023, 1037, 1041, 1698, 1478, 1482, 9, del Código Civil y de los arts. 169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil. Y ha solicitado inspección judicial al inmueble, así como también confesión judicial a las demandadas, y las posesiones efectivas de los bienes dejados por Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear. Por su parte, las accionadas han solicitado las siguientes pruebas: 1. Que impugnan la prueba presentada y la que llegaren presentar la parte actora por improcedente e impertinente. 2. Que se reproduzca a su favor todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial las excepciones planteadas al contestar la demanda. 3. Que se fije el día y la hora para una inspección judicial hasta la Notaría Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda, ubicada en la calle Atahualpa, de esta ciudad, con el objeto de establecer los siguientes aspectos: A. Si en el protocolo o en la matriz de dicha Notaría en la escritura se han omitido algún requisito que la ley notarial exige para tales actos, B. Que si la escritura antes indicada en el literal anterior han cumplido con todas las solemnidades que la Ley notarial exige 4. Que se practique una diligencia judicial en el proceso que se ventila, con el objeto de establecer

que se ha demandado únicamente la nulidad absoluta de la escritura, pero jamás se ha demandado la nulidad del contrato que contiene dichas escrituras. 5. Que se reproduzca a su favor los artículos 1698 y 1482 del Código Civil vigente, que habla de la nulidad absoluta; y 6. Que se reproduzca a su favor los expedientes 124-96 y 62-2004 de la Segunda y Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de mayo de 1997 y 22 de marzo de 2004, que hablan de la nulidad absoluta. La doctora Patricia Naveda, Notaria Pública Segunda del cantón Pastaza, dentro de la etapa probatoria, ha solicitado: 1. Reproduzcase, como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable, e impugna lo adverso. 2. Que se tenga como prueba de su parte la contestación, impugnación y excepciones propuestas al momento de contestar la demanda. 3. Impugna toda prueba documentada o testimonial que presente o llegara a presentar la parte actora, por ser ajena y contraria a la realidad de los hechos. 4. Se señale el día y la hora a fin de que tenga lugar la respectiva experticia grafológica de las firmas y rúbricas de los señores Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana Rosa, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Patricio, Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, en la procuración judicial constante en el proceso, otorgada a favor del doctor Aurelio Quito Rodas, para que se constante si pertenece o no a los otorgantes. **QUINTO:** El testamento, según el artículo 1037 del Código Civil, es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el, mientras viva. **SEXTO:** La pretensión de nulidad absoluta formulada por el doctor Aurelio Quito Rodas, Procurador Judicial, de sus mandantes, como actor de la presente demanda, se refiere a que sin motivo o justificación de carácter legal, la testadora a excluido de dicho testamento a sus hijos Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana Rosa, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Iván Patricio, y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, quienes son sus legitimarios, favoreciendo únicamente a sus dos hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, al instituirles como únicas y universales herederas de los derechos y acciones que les corresponden como gananciales de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, proindiviso, del inmueble y casa de habitación ubicado en la ciudad de Puyo, en la avenida 20 de Julio y Bolívar, al margen de la ley, violando las asignaciones forzosas que establecen los artículos 1194 y siguientes del Código Civil, del art. 1021 y más pertinentes del mismo cuerpo legal, afirma que violó lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, en razón de que hay causa y objeto ilícito y consiguientemente existe nulidad absoluta del testamento de acuerdo a lo que prescribe el art. 1698 y 1482 del Código Civil. Señala el actor que en el testamento otorgado por la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, adolece de falsedad y omisión en su contenido, cuando manifiesta que la testadora tiene derechos y acciones, como gananciales en la sociedad conyugal formada con su cónyuge, en el bien

inmueble ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar; y, que el mismo fue comprado a los cónyuges JULIÁN SALES E ILDA ARCOS, cuando en realidad de acuerdo al historial de dominio la compra lo realizó a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, por lo que se presume de que se trata de otro bien inmueble. Argumentando de mejor manera, la demanda no solo se refiere a los elementos formales del testamento solemne y abierto, se refiere también a los elementos de fondo como son los relacionados con el objeto y causa lícitos, en verdad se conoce que no se ha demandado la nulidad de testamento otorgado por la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, por no reunir los requisitos formales, sino que demanda la nulidad del acto propiamente dicho por existir causa y objeto ilícitos en las disposiciones testamentarias, en razón de haber excluido de dicho testamento a los legitimarios, violando las disposiciones legales que regulan la sucesión por causa de muerte, que de conformidad con lo que dispone el Art. 1697 es nulo todo acto o contrato que falte alguno de los requisitos que la ley exige para la validez del referido acto o contrato, y esta puede ser absoluta como lo dispone el art. 1698 ambas del Código Civil, se produce por el objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para darle valor a ciertos actos y contratos, que entrándose de la sucesión por causa de muerte, el art. 1021 del Código Civil, claramente determina que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto o si DISPUSO, no lo hizo conforme a derecho, lo cual nos enseña que el testador no puede disponer de sus bienes a su antojo sino que tiene que someterse a lo que la ley señala, y al respecto, el art. 1194 del Código Civil nos enseña, que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer (**sic**) y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, una de esas asignaciones forzosas son las legítimas. Estos hechos, se explica que la legítima es la cuota de bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el art. 1204 y 1205 del Código Civil, de donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente hay nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los arts. 1698 y 1482 del Código Civil, por eso la Sala, concluye explicando que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne y abierto es nulo. Es oportuno indicar que el art. 1698 del Código Civil, nos dice: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos

y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. Esta es la norma general sobre nulidades absolutas de la que se desprende que las nulidades de los actos y contratos pueden ocurrir por dos vías: 1. Por objeto o causa ilícita y 2. Por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos. En el presente caso, en la demanda que obra de fojas 42 a la 46 del cuaderno de primera instancia, los demandantes a través del Procurador Judicial, presentan la pretensión de que declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que les corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios de la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es, por existir causa y objeto ilícito, y fundamentalmente por hacer referencia en el mencionado testamento que dona los derechos y acciones que le corresponde en una propiedad comprada al señor Julián Sales e Ilda Arcos, sin especificar los linderos y dimensiones, predio este distinto al historial del predio e inmueble en litigio, es por esto que acogiendo el criterio jurídico del señor Juez de origen y al haber justificado los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda y rechazando las excepciones deducidas por las demandadas al no haberse justificado conforme a derecho esta Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, confirma la sentencia dictada por el señor Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, en su integridad; y, por lo tanto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Ejecutoriado el fallo devuélvase los autos al Juzgado de origen para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) **Drs. Oswaldo Vimos V., Dra Tania Masson Fiallos, Dr. Carlos Borja Borja. Conjuez.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PASTAZA. SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL. Pastaza, miércoles 6 de febrero del 2013. Las 11h39.

VISTOS: Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, accionadas, han interpuesto recurso horizontal de aclaración de la sentencia dictada por este Tribunal, dentro del término legal, bajo el argumento siguiente: “En la sentencia dictada, en el considerando Sexto, en la parte pertinente el art. 1021 del Código Civil, claramente determina que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto o si dispuso no lo hizo conforme a derecho, lo cual nos enseña que el testador no puede disponer de sus bienes a su antojo sino que tiene que someterse a lo que la ley señala, y al respecto, el art. 1194 del Código Civil nos enseña, que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a

hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, una de esas asignaciones forzosas son las legítimas. Estos hechos, se explica que la legítima es la cuota de los bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el art. 1204 y 1205 del Código Civil, en donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito y por consiguiente hay nulidad absoluta del testamento...”, sírvase aclarar y determinar en forma precisa, cual es la causa y el objeto ilícito realizado por la testadora, toda vez que al no repartir equitativamente los bienes, de ninguna manera constituye causa y objeto ilícito, como erradamente sostiene la Sala, más aún si testar es absolutamente legal; y el bien inmueble es de aquellos que están dentro de los actos de comercio, es decir dónde está la causa y objeto ilícitos?”. Previamente como ordena la ley, se dispuso correrse traslado a la parte accionante con dicho recurso horizontal de aclaración, mediante providencia dictada con fecha lunes 14 de enero del 2013, a las 16h58 para que conteste dentro del término de tres días de conformidad con lo que dispone el art. 282 del Código de Procedimiento Civil. El accionante, doctor Aurelio Quito Rodas, en su calidad de procurador judicial de Luis Gerardo Benalcázar Barragán, y otros, dentro del término legal, contestando al traslado corrido manifiesta: “La petición realizada por las demandadas carecen de todo fundamento legal, y lo único que persiguen es dilatar el trámite de la causa, en la forma que lo han venido haciendo en las dos instancias, en las que de ninguna manera han justificado los fundamentos de la contestación dada a la acción propuesta, ni del recurso de apelación que interpusieron. El art. 282 del Código de Procedimiento Civil, dice: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura...”. “Del texto de la sentencia dictada por ustedes señores jueces, se establece con claridad meridiana que el indicado fallo es completamente claro, que no adolece de ninguna obscuridad y por lo tanto nada existe por aclarar, por cuya razón la petición formulada por las señoras María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, debe ser negada. El contenido de la petición de aclaración, lo que pretende es que ustedes señores jueces reformen el fallo, bajo el pretexto de alguna obscuridad del mismo, particular que es completamente prohibido por la Ley, por ello solicita que sea negado la aclaración”. (sic). Consiguientemente, previo a resolver este recurso horizontal, la Sala hace las siguientes consideraciones. **PRIMERO:** El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, nos dice: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas...”. Al respecto cabe manifestar que la sentencia es absolutamente clara, y entendible, razón por la cual no hay nada que aclararse: **SEGUNDO:** Como se evidencia del art. 275 del Código de Procedimiento Civil, al tratar sobre la claridad del contenido de los decretos, autos y sentencia,

nos dice: “Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o se resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases oscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide...”. Por lo expuesto, si revisamos la sentencia dictada con fecha martes 8 de enero del 2013, a las 16h53, por este Tribunal, se concluye que es absolutamente claro, entendible, ya que para emitir sentencia, se ha efectuado una valoración de la prueba con absoluta imparcialidad, de acuerdo con los principios de la sana crítica, con la circunstancia de que tanto la prueba de cargo como la de descargo ha sido analizada debidamente en los respectivos considerandos de dicho fallo. Por estas consideraciones, esta Sala Única rechaza el recurso horizontal de aclaración por infundado e improcedente, interpuesto por la parte accionada, señoras: Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán. **Notifíquese.**

f) **Dr. Oswaldo Vimos V., Dra. Tania Massón Fiallos, Dr. Carlos Borja Borja, Conjuez.**

FALLO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, a 21 de junio de 2013. Las 10h00.

VISTOS: (JUICIO NRO. 043-2013 JBP): Integran este Tribunal, los señores doctores Eduardo Bermúdez Coronel y Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Jueces Nacionales, designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012; e integrantes de esta Sala Especializada por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de 30 de enero de 2012; y el señor doctor Alejandro Arteaga García, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia del la señora doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, concedida mediante oficio nro. 851-SG-CNJ-IJ de 06 de mayo de 2013; y, conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación. **1. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán contra la sentencia proferida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, misma que confirma el fallo de primera instancia dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, que aceptó la demanda de nulidad de testamento propuesta por el doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, procurador judicial de Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Iván y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán en contra de las ahora recurrentes. **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:** Las recurrentes alegan como infringidas en la sentencia impugnada las disposiciones de derecho contenidas en los arts.

1194, 1482, 1697 y 1698 del Código Civil; y, Arts. 114, 115 y 116, del Código de Procedimiento Civil; y, Arts. 76.1, 82 y 424 de la Constitución de la República. Fundamentan el recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Fijados así los términos objeto del recurso, queda determinado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en mérito del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República 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, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá-Colombia, 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 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 consagrado en los Arts. 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, los recurrentes formulan el cargo de falta de aplicación de los Arts. 76.1, 82 y 424 de la Constitución, pero

sin precisar ni determinar cómo se han dejado de aplicar esos preceptos constitucionales, realizando simplemente una imprecisa formulación “La Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza no lo aplicó en el caso que nos ocupa, pues de ninguna manera garantizó nuestros derechos vulnerándolos irreflexiva (*sic*)... crea una inseguridad jurídica cuando declara la nulidad del testamento al margen de manera absoluta de la ley, la doctrina y los fallos jurisprudenciales... la sentencia sin duda alguna carece de eficacia jurídica porque no guarda conformidad con las normas constitucionales y las del Código Civil”. **5.2 SEGUNDO CARGO, CAUSAL TERCERA:** Dicen los casacionistas que “La sentencia infringe el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, pues las recurrentes hemos aportado con prueba suficiente para defender nuestros derechos y demostrar que en el testamento abierto de marras no existe objeto ni causa ilícitos... la sentencia infringe el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil porque la prueba no ha sido apreciada ni valorada en su conjunto, ya que solamente se ha atendido a la aportada por la parte actora y a las suposiciones de ella, haciéndose caso omiso de la nuestra. Pretender creer que la repartición no equitativa de los bienes a los hijos es causal de nulidad absoluta, resulta por demás ilógico, considerar a nuestra prueba como que no existe, es por demás injusto y una sentencia injusta jamás puede causar estado. Por lo demás, tampoco se ha observado ninguna de las reglas de la sana crítica, aspecto que jamás puede descuidar el juzgador al momento de dictar sentencia, es decir no se han aplicado los preceptos jurídicos que regulan la valoración de la prueba y esta falta ha dado como resultado una equivocada aplicación de las ya mencionadas normas de derecho. En cuanto al Art. 116 del Código de Procedimiento Civil, los señores Jueces de la Sala no consideraron que la prueba aportada por nosotras era absolutamente procedente y legal”. **5.2.1.** La causal invocada, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma sustancial, para sus procedencia es necesario que se encuentren cumplidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que, a criterio de (l) recurrente (s) ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción d) la infracción de norma o normas de derecho sustancial por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) la explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción de norma de valoración de la prueba y la segunda infracción de norma sustantiva o material. Quien recurre, al invocar esta causal, 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 afectada como consecuencia de la primera infracción, por lo que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. **5.2.2** El Art. 114 del Código de Procedimiento Civil consagra la obligación de los sujetos procesales de probar lo por ellos alegado. Trata, como se ve, de la incumbencia de la actividad probatoria, pues que es de

interés de las partes proponer y producir las pruebas que hacen a sus derechos, desde que los jueces solo por excepción y cuando consideren indispensable deben adoptar por sí solo las medidas que consideren necesarias. Si bien el sistema procesal ha reforzado los poderes de los jueces, atribuyéndoles mayores facultades para dilucidar la verdad que asegure una decisión conforme al derecho reclamado, ello no significa abandonar el principio de que, en las causas civiles, de familia, el material de conocimiento debe ser proporcionado, principalmente, por los litigantes; lo contrario significaría liberar a las partes de la carga de la prueba o destruir el principio de igualdad entre ellas. Este precepto procesal no tiene ninguna relación con la valoración probatoria. El Art. 115 del mismo Código Procesal, sin ser, asimismo, precepto jurídico aplicable a esa valoración, consagra la obligación de que el juez debe apreciar en conjunto la prueba actuada, lo que habrá de hacerlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por el principio de la nulidad de la prueba, el acerbo probatorio obrante del proceso forma una unidad y, como tal debe ser examinado y meritudo por el juez de la causa, confrontando las diversas pruebas (documentos, testimonios, pericias, etc.) para señalar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme. En cuanto a las reglas de la sana crítica, hasta ahora ni la jurisprudencia ni la doctrina han logrado establecer cuáles son éstas, dada la imposibilidad de fijarlas de una manera taxativa ni menos se hallan determinadas en ningún texto legal. Además de ser una expresión idiomática, “... se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; como la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces, debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean” (Santiago Sentis Melendo, *La Prueba*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1990, p. 248). Las reglas de la sana crítica, en su sentido formal, consisten en una operación lógica y en la que no pueden ser desoídos los principios del tercero excluido, de falta de razón suficiente o de contradicción. “Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más cierto y eficaz razonamiento” (Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Ai-

res, 1981, pp. 224 y 225). Las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. “La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el Derecho se apoya” (Eduardo, J. Couture, op. cit. p. 226). El art. 116 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba que, si bien conlleva una restricción al principio de la libertad de ésta, su necesidad es manifiesta, desde que los medios probatorios que por sí mismo o por su contenido no sirvan para los fines propuestos y resulten manifiestamente improcedentes o idóneos, deben ser desechados por el juez de la causa, de este modo se contribuye a la contracción y a la eficacia procesal de la prueba. **5.2.3.** Es fundamental caer en la cuenta que la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación prevé que la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, constituyen violación medio que conduce a la violación indirecta de normas de derecho sustancial “... siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”. Fácilmente se puede apreciar que, las censoras, no cumplen con la exigencia de esta causal del Art. 3 de la Ley de Casación de determinar, en forma clara e inequívoca, los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que, a su entender, condujeron a la equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho en la sentencia. Se puntualiza que la violación directa de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, es el medio para provocar la violación indirecta de normas sustanciales o materiales que se ocasiona por su equivocada aplicación o no aplicación, lo que no puede acontecer en la especie, precisamente por la falta de señalamiento de normas procesales específicamente destinadas a la valoración probatoria, así como de las normas sustanciales o materiales que se aplicaron indebidamente o que se dejaron de aplicar. El recurso extraordinario de casación revisa la sentencia como *thema decissum*. En consecuencia, se desecha el cargo. En la casación se encuentran limitados los poderes de los jueces, que deben restringir su actividad a revisar la sentencia impugnada solamente por las causales que el recurrente invoque y por las razones que exponga, sin que esté a su alcance la renovación del conjunto probatorio desde que este recurso, por naturaleza apunta, por lo general a la corrección de

errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de última instancia. **5.3. TERCER CARGO, CAUSAL PRIMERA:** Las casacionistas indican que *“Los señores Jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza que dictaron la sentencia de segunda instancia, violaron el Art. 1194 del Código Civil, porque consideran que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, al afirmar que esto se constituye en causa y objeto ilícito, cuando en ninguna parte de los Arts. 1697 y 1698 del Código Civil se encuentra estipulado como causa de nulidad absoluta, el hecho que la testadora no cumpla con las asignaciones forzosas, más aún la ley prevé en el mismo Art. 1194 del Código Civil que éstas se suplen cuando no lo ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, y que según las disposiciones del Art. 1239 del mismo Código, prescribe que los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma, que es lo que la parte actora debía haber intentado en el presente caso. De igual forma la Sala realiza una aplicación indebida de las disposiciones constantes en el Art. 1482 aduciendo que se ha producido nulidad absoluta del testamento, como si testar fuera algo prohibido por la ley, contraviniendo en forma flagrante estas normas... el hecho de que no se haya asignado a los derechohabientes por igual por parte del testador, es otra situación distinta, pero su causa y objeto son lícitos, por lo que jamás se puede aceptar que la Sala Única indique ‘... que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne es nulo’. Consecuentemente y para admiración nuestra declaran la nulidad absoluta. Esta forma de actuar hizo que la Sala, en la sentencia dictada, realizara una aplicación indebida del Art. 1698 del Código Civil que se refiere a la nulidad, diciendo ‘En el presente caso, en la demanda que obra de fojas 42 a la 46 del cuaderno de primera instancia, los demandantes a través del procurador judicial presentan la pretensión de que se declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que le corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios en la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es por existir causa y objeto ilícitos’... debió probarse por parte de los accionantes, para que prospere la nulidad absoluta demandada, la existencia de la omisión de algún requisito o formalidad en la celebración del testamento, lo cual no se consigna en los recaudos procesales”.* **5.3.1.** Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se imputa vicios judicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento, violación directa de la ley sustancial o material, concurre cuando: 1. El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido por absoluto desconocimiento de la misma y por ignorar el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por des-

conocer acerca de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. 2. Por aplicación indebida, por el error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma y al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), puede también surgir el error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; y, 3. El juzgador incurre en yerro de hermenéutica, de interpretación jurídica al errar acerca del contenido de la norma, *“...del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador y de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de las leyes”* (Manuel de la Plaza, La Casación Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 218). La pretensión de los demandantes, concretamente, es la declaratoria de nulidad absoluta del testamento abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear en beneficio de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre de 2007 así como de la escritura pública aclaratoria de ese testamento, celebrada en la misma Notaría Pública el 06 de junio de 2011, desde que *“...se han violado las asignaciones forzosas que establecen los Arts. 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el Art. 1021 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el Art. 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas... produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescriben los Arts. 1698 y 1482 del Código Civil... Además, la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 6 de junio de 2011, con posterioridad al fallecimiento de su madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaria Segunda de Pastaza, para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán... cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrogado la supuesta beneficiaria la facultad de aclarar el testamento”.* **5.3.2.** La sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados en favor de otras personas también determinadas; en este sentido, la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, Art. 603 del Código Civil. Se puede suceder a una persona por testamento o por imperio de la ley, el Art. 994 íbidem señala que si se sucede en virtud de un testamento la sucesión se llama testamentaria y si en virtud de la ley, intestada. En el caso del segundo evento es el legislador quien indica a las personas que van a suceder al causante, por ello que se llama también sucesión legal. El testamento –dice el Art. 1037 del Código Civil– es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. El testamento es acto jurídico por excelencia

y su solemnidad está establecida en atención al acto en sí mismo, por ello que si no se cumplen determinadas formalidades, no surte efecto jurídico alguno. Los requisitos del testamento son unos de carácter interno, otros llamados externos o solemnidades, y unos terceros que dicen relación con las disposiciones testamentarias en sí mismas. Los primeros se relacionan con el titular del testamento y, en concreto, están constituidos por la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios. Con relación a la capacidad para testar, en Derecho, la regla general es la capacidad, por tanto, la excepción, la incapacidad, Art. 1462 del Código Civil; son incapaces para otorgar testamento los comprendidos en el Art. 1043 *ibidem*. El segundo requisito subjetivo se refiere al consentimiento o voluntad del testador. Se oponen a la libre manifestación de la voluntad de quien otorga testamento los vicios de la voluntad, es decir fuerza, dolo y error. El legislador en cuanto a la voluntad que debe ser libremente manifestada, la considera fundamental, por ello que la rodea del máximo de precauciones, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella. El Art. 1045 del Código Sustantivo Civil, de modo expreso señala que, *“El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”*; la previsión legal es amplísima, por lo que el testamento en el que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en su totalidad, por más que quien haya ejercido la presión solo haya pretendido una asignación a su favor. En cuanto al dolo y el error en el testamento, el legislador no ha hecho pronunciamiento al respecto y como vicios de la voluntad; la necesaria consecuencia es que deben aplicarse las reglas generales al respecto y con esta salvedad: *“el dolo como vicio del consentimiento debe ser determinante y obra de una de las partes. Esta última exigencia debe ser entendida racionalmente, y llegar, en consecuencia, a la conclusión de que no tiene cabida en el testamento, por ser éste un acto unilateral, en el cual interviene la voluntad de una sola persona. Por tanto, el dolo para viciar la voluntad del testador puede ser obra de cualquier persona, y ya no existe contraparte. Quien quiera que sea el que se ha valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria en su favor, será nula la disposición”* (Manuel Somarriva Undurraga, Derecho Sucesorio, versión de René Abeliuk, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1983, p. 169). En cuanto a los requisitos objetivos del testamento, éstos son de forma y de fondo; los primeros se relacionan con las solemnidades y los segundos con las asignaciones testamentarias. El testamento solemnemente es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, inciso segundo del Art. 1046 del Código Civil. Los testamentos comunes, ordinarios o solemnemente otorgados en el Ecuador pueden ser de dos clases: abiertos, nuncupativos o públicos, y cerrados, secretos o místicos. Son requisitos comunes a todo testamento solemnemente la escrituración y la presencia de testigos. El testamento abierto se caracteriza porque el testador hace conocer de sus disposiciones a los testigos y el sistema legal contempla dos procedimientos para otorgar testamento abierto: a) El otorgado ante Notario

y tres testigos, y, b) el otorgado ante cinco testigos. *“Lo que singulariza al testamento solemnemente abierto de la primera clase es el hecho de que el Notario da lectura de las disposiciones testamentarias en alta voz y en unidad de acto, en presencia del testador y de tres testigos; y la lectura tiene que ser en alta voz, por cuanto es de la esencia del instrumento hacer conocer la voluntad del testador por lo menos a los dichos testigos. He ahí la razón por la cual se le denomina también público por que las expresiones de voluntad se hacen extensivas por lo menos al Notario y a los tres testigos en este caso”* (Guillermo Bossano, Manuel de Derecho Sucesorio, Ed. Universitaria, Quito. Ecuador, 1978, p. 179). En la especie, el testamento cuya nulidad se pretende, corresponde a la clasificación de abierto o público y es solemnemente conforme la previsión del Art. 1046 del Código Civil. Por regla general, cualquiera solemnidad que se inobserve en el testamento trae como consecuencia su nulidad absoluta, lo que es de fácil entendimiento desde que si el testamento es solemnemente es con el fin de garantizar la voluntad libre y espontánea del testador; es consecuencia de lo dicho que en todo lo no previsto por el Código en materia de nulidad testamentaria cabe la aplicación de las reglas generales de la nulidad. *“Quiere decir entonces que para determinar cuándo el testamento es nulo y cuándo es válido, debemos examinar cada una de las solemnidades exigidas por la ley, ya que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad”* (Manuel Somarriva Undurraga, op. cit. p. 190). A manera de síntesis, las principales causales de nulidad del testamento solemnemente abierto y otorgado ante notario y tres testigos, son éstas: 1. Aquél que no se ha otorgado por escrito, Art. 1049; 2. Si no se lo ha otorgado ante notario o juez de lo civil cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento y ante tres testigos, Art. 1052; 3. Aquél que no ha sido leído por el notario, inciso segundo del Art. 1055; 4. Aquél en el que no se deja constancia de que el testador no sabe o no puede firmar, inciso segundo del Art. 1056; 5. El otorgado por el ciego en el que no se haya dejado constancia de la doble lectura que exige el Art. 1057 (todos del Código Civil). Los requisitos objetivos de fondo del testamento, se refieren directamente a las asignaciones testamentarias, que son precisamente aquellas que el testador hace de su patrimonio y en beneficio de sus sucesores. Las asignaciones constituyen lo medular del testamento, pues que sin asignaciones testamentarias el testamento sería un acto declarativo vacío, sin substancia. *“Toda asignación testamentaria debe contener dos elementos imprescindibles: el subjetivo y el objetivo. El primero se refiere a la persona en favor de la cual se hace la asignación y el segundo se contrae a señalar el objetivo materia de la asignación”* (Guillermo Bossano, op. cit. p. 200). El elemento objetivo de la asignación testamentaria se relaciona con el bien materia de la herencia o legado, es decir el objeto de la asignación, por ello que todo objeto de esta asignación debe ser determinado o determinable. La infracción de estos requisitos de las disposiciones testamentarias no produce sino la nulidad de la respectiva cláusula testamentaria; por ejemplo *“si el testador, infringiendo el Art. 1061 (1089 del Código Nacional) hace un legado al notario*

que autoriza el testamento, esta disposición será nula, pero el resto del testamento, cumpliendo con los requisitos legales será válido” (Manuel Somarriva Undurraga, *ibídem*, p. 163).

5.3.3. Las censoras, en el escrito de interposición y formalización del recurso, afirman que en la sentencia impugnada se violó el Art. 1194 del Código Civil, porque los Jueces, “... consideran que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, al afirmar que esto se constituyen causa y objeto ilícito”. Este precepto legal, a la letra establece: “Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. La porción conyugal; 2. Las legítimas; 3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes”. Respecto de la facultad del testador, se presenta el problema de su libertad para testar; nuestro sistema, siguiendo el modelo de Andrés Bello, adoptó el de la libertad restringida de testar o llamado también de los herederos forzosos, en cuanto el testador está en la obligación de respetar los derechos de determinados asignatarios, es decir de los legitimarios y a una porción de la herencia, pudiendo disponer libremente del resto; dicho de otro modo, nuestro Código no prevé libertad absoluta para testar pues el causante debe observar y cumplir las asignaciones forzosas que establece la ley. El Art. 1194 en cita, define las asignaciones forzosas como “... las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Quien carece de descendientes, de padres y de cónyuge goza de plena libertad dispositiva, a contrario de quien tiene a esos miembros de familia, por lo que su derecho a disponer libremente está limitado en la forma señalada. Arturo Valencia Zea sostiene que “La institución de las asignaciones forzosas revela que nuestra legislación civil no reconoce libertad absoluta al testador para disponer de sus bienes por causa de muerte, y así podemos decir que, en general, libertad de disposición existe por negocios jurídicos inter vivos, no mediante negocios jurídicos mortis causa (testamentos). Entre los dos polos opuestos que pueden concebirse al respecto, libertad absoluta para testar o inexistencia de tal libertad, las legislaciones actuales suelen situarse en un campo intermedio, toda vez que no privan al testador de alguna libertad para distribuir sus bienes, pero no le otorgan libertad total” (Citado por Guillermo Bossano, *op. cit.*, segunda parte, Ed. Universitaria, Quito-Ecuador, 1978, p. 15). Las asignaciones forzosas son de derecho público desde que tienen un carácter eminentemente social, su objetivo es proteger a los integrantes de la familia del causante y constan textualmente del precepto antes transcrito. El nombre de asignaciones forzosas trae la idea muy exacta de la institución, es decir que obligadamente deben hacerse. Estas asignaciones, como ya se dijo, son de orden público y el testador debe respetarlas en su testamento. El legislador confiere a los asignatarios forzosos derechos y medidas de protección para defender y amparar sus asignaciones forzosas; entre los medios indirectos destacan la interdicción por demencia o disipación, la insinuación en las do-

naciones irrevocables, los acerbos imaginarios, la prohibición de sujetar las legítimas a modalidades; y, aquella prevista en Art. 1215 del Código Civil, en cuanto la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravámen alguno. Entre los modos directos de defender las asignaciones forzosas, de manera más eficaz y directa, están aquellas de pedir que se modifique el testamento en la parte que perjudica esas asignaciones y la petición de herencia. **5.3.4.** Dicen las recurrentes “De igual forma la Sala realiza una aplicación indebida de las disposiciones constantes en el Art. 1482 aduciendo que se ha producido nulidad absoluta del testamento, pues a criterio de la Sala, se ha realizado un contrato prohibido por la ley, como si testar fuera algo prohibido por la ley... si el testamento está permitido por la ley, el objeto y la causa son legítimos, son lícitos... Esta forma de actuar hizo que la Sala, en la sentencia dictada, realizara una aplicación indebida del artículo 1698 del Código Civil que se refiere a la nulidad, diciendo: “En el presente caso... los demandantes a través del procurador judicial, presentan la pretensión de que se declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que les corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios en la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es por existir causa y objeto ilícitos”. La nulidad y la rescisión están concebidas “... como una pena de orden civil establecida para los casos de infracción de las disposiciones que señalan los requisitos que deben llenar los actos jurídicos” (Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil. De Los Contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1978, p. 71 y que consiste en negar a esos negocios jurídicos de todo efecto civil. Precisamente por ello que la nulidad es excepción al derecho común en cuanto presume la validez de los mismos y que no puede existir sino en virtud de un texto expreso de la ley que así lo establezca. Esos requisitos o formalidades que deben observarse para la validez del acto o contrato son objetivos o subjetivos según se refieran a la naturaleza misma del negocio jurídico o a la calidad de las personas que lo celebren. Respecto de los primeros son falta de consentimiento, error esencial, causa ilícita, objeto ilícito y omisión de solemnidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato y los actos de los absolutamente incapaces; en tanto que, respecto de los segundos, son sus causas el error substancial, la fuerza, el dolo, los actos de los relativamente incapaces y la omisión de requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. La inobservancia conlleva la consecuente nulidad absoluta o relativa, en su orden, precisamente como la sanción civil en cuanto desconocimiento de los efectos jurídicos del acto o contrato. La primera puede ser declarada aún ex officio cuando aparece de manifiesto en aquellos y ha sido invocada en el litigio. Art. 1699 del Código Civil, y, como está establecida por el imperio de la moral y de la ley, no puede ser ratificada por las partes desde que la nulidad absoluta es institución de orden público, ni puede sanearse mientras no haya transcurrido quince años (máximo de tiempo que sirve para extinguir todo derecho), puede ser

reclamada por todo aquel que tenga interés en la declaratoria con excepción de quien haya realizado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba. En tanto que, la rescisión, orientada a proteger intereses de ciertas y determinadas personas que intervienen (o no lo han hecho) en el acto o contrato, no protege los intereses de la colectividad sino de los particulares, es por esto que no es declarable de oficio por el juez sino a petición de parte interesada que es aquella a favor de quien la ley la ha establecido, puede sanearse por la ratificación de las partes, porque está establecida en beneficio de ciertas personas y que mira solo a su interés particular, siendo además saneable por el transcurso del tiempo, cuatro años, Art. 1708 del Código Civil. De la sentencia impugnada se lee: “... se explica que la legítima es la cuota de bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el Art. 1204 y 1205 del Código Civil, de donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente hay nulidad del testamento, de acuerdo con lo que prescriben los Arts. 1698 y 1482 del Código Civil, por eso la Sala concluye explicando que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne y abierto es nulo”. El Art. 1476 del Código Civil prevé: “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer*”. Los actos jurídicos y los contratos tiene una finalidad, es esta la que constituye su objeto; hay objeto ilícito, señala el Art. 1478 ibidem, en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, asimismo hay objeto ilícito en el contrato que tenga por objeto la sucesión de una persona viva, Art. 1479, como asimismo lo hay en la condonación del dolo futuro, Art. 1481, en las enajenaciones de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, de las cosas embargadas, Art. 1480, y, en los casos señalados en el Art. 1482 asimismo del Código Civil. Como se constata no puede concurrir objeto ilícito en el otorgamiento de testamento. La causa, puede definirse “... como el interés jurídico que induce a contratar. La causa es la razón, el por qué del contrato. Todos los actos humanos están guiados por móviles perfectamente definidos: los contratos tienen también su móvil, es la causa; por eso se dice que para conocer la causa, hay que preguntarse: por qué se debe?, así como para conocer el objeto hay que preguntarse: ¿qué cosa se debe?” (Arturo Alessandri Rodríguez, op. cit., pp. 51 y 52). En los contratos bilaterales la causa para cada una de las partes es la obligación que la otra parte contrae porque cada una de ellas se obliga en vista de que la otra se obliga a su vez. “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inhumoral,

tiene una causa ilícita”, incisos segundo y tercero del Art. 1483 del Código Civil. Si la nulidad es el efecto legal que afecta al acto o contrato en que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, Art. 1697 ibidem, no cabe la nulidad del testamento en la forma propuesta por el señor procurador judicial. **5.3.5.** La situación legal de sus procurados es la que prevé el Art. 1241 del Código Civil: “*Efectos de la preterición. El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima*”. Como el preterido es instituido heredero, la acción o acciones que debe intentar en defensa de su legítima rigurosa es o son absolutamente incompatibles con la acción de nulidad propuesta. Es evidente que en la sentencia impugnada se incurrió en la aplicación indebida de los Arts. 1478, 1482 y 1698 del Código Civil, vicio in judicando que ha sido determinante de su parte dispositiva. Además, como esa resolución es confirmatoria “en su integridad” de la primera instancia que “...declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la ahora extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre de 2007 ante la Notaría Segunda de Pastaza, doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán e inscrito el 31 de mayo de 2011; así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizada mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 6 de junio de 2011, e inscrita en la misma fecha en el Registro de Propiedad de Pastaza, disponiéndose que las cosas vuelvan al estado anterior”, se debe puntualizar que entre otras de las características del testamento es la de ser un acto personal, personalísimo, resultado de la voluntad de quien lo otorga, desde que testamento es el acto jurídico solemne por el que una persona dispone de su patrimonio para que tenga efecto después de sus días, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones, Art. 1037 del Código Civil, no cabe su aclaración por quien no es testador, por lo que la contravención a esta particularidad conlleva su nulidad, pues que es la voluntad libremente manifestada por el testador la base fundamental del testamento. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Este Tribunal de la Sala 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**, casa parcialmente la sentencia proferida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, el 08 de enero de 2013, a las 16h35, pues que la reforma en cuanto se declara la validez del testamento solemne otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear el 26 de noviembre de 2007 en la Notaría Segunda del cantón Pastaza, y, se confirma la nulidad de su aclaración celebrada por Luz María Benalcázar Barragán el 6 de junio de 2011 y en la misma Notaría Segunda del cantón Pastaza. Se notificará a este efecto a la o al titular de ese despacho notarial así como al Registrador de la Propiedad del

mencionado Cantón. Sin costas ni multas. Entréguese el monto de la caución a quienes activaron este recurso extraordinario. Actúe la abogada Jessica Burbano Piedra, como Secretaria Relatora encargada en virtud del oficio n.º 231-2013-SEFNA-CNJ de 19 de junio 2013. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Drs. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidía, Juez Nacional. Dr. Alejandro Arteaga García, Conjuez Nacional.**



V

Juicio nro. 122-2013 SDP
Resolución nro. 119-2013

Hábeas corpus propuesto por Jorge Iván Villavicencio Otañez en contra de Corte Provincial de Justicia del Guayas Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, en el juicio penal por abuso de confianza propuesto por Irlando Ismael Barros Véliz en su contra.

SÍNTESIS:

Se inicia una causa penal por el delito de abuso de confianza. El denunciante aduce que no se le ha pagado el cincuenta por ciento de los honorarios recaudados por el denunciado, todo ello, en una acción laboral que, asegura, ambos fueron los litigantes. Dictado el auto de llamamiento a juicio, se ordena, entre otras medidas cautelares, la prisión preventiva, contra la que se interpusieron los recursos que franquea la ley, y finalmente, el Hábeas Corpus, que en apelación llega a la Corte Nacional de Justicia. La Sala Única de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, en fallo de mayoría, revoca la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia del Guayas, el 15 de julio de 2013; las 11h28; por considerar que el derecho a la libertad del accionante del presente Hábeas Corpus, está siendo vulnerado. Ordena que la Sala dicte otra medida para asegurar la comparecencia del denunciado al proceso. En el fallo de minoría, analizados pormenorizadamente los requisitos que dicta la norma expresa, se encuentra, que todos se hallan debidamente cumplidos, por lo tanto estima que, la orden de arresto domiciliario dictada, está sujeta a derecho y se rechaza el recurso intentando.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO DE GARANTÍAS PENALES DE GUAYAS. Guayaquil, lunes 14 de enero del 2013. Las 08h45. 153-2012

VISTOS: La instrucción fiscal tiene como antecedente la

denuncia y acusación particular posterior presentador por IRLANDO ISMAEL BARROS VÉLIZ contra JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ. En lo principal el acusador, Irlando Ismael Barros Véliz, refiere que el viernes 26 de noviembre de 2004 fue contratado por un grupo de ex trabajadores de la empresa La Cemento Nacional C.A., actualmente Holcim Ecuador S.A., conjuntamente con el Ab. Jorge Merchán Magallanes, para brindarles patrocinio respecto de varios juicios laborales que mantienen los trabajadores con la preindicada empresa cementera. Refiere también el acusador que cumpliendo dicho patrocinio, promovieron un proceso administrativo de investigación y fiscalización por intermedio de la Dirección Regional de Trabajo del Guayas, a efectos de determinar las utilidades reales generadas por la empresa cementera durante el período comprendido entre los años 1999 al 2003. También dice el acusador particular Irlando Ismael Barros Véliz, haber contratado los servicios del acusado, Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, en el mes de marzo del año 2005, para que realice la entrega de documentos y diligencias procesales, especialmente en la ciudad de Quito, puesto que quienes actuaban como abogados de los ex trabajadores tenían su residencia en la ciudad de Guayaquil, razón por la que debieron incorporar al Dr. Jorge Villavicencio Otañez por tener su residencia en la Capital de la República. En la misma acusación particular, el acusador se remite a una Asamblea General Universal de los ex Trabajadores celebrada el 5 de abril de 2005 en Guayaquil en la que, resolviendo el segundo y quinto puntos del orden del día, dicha asamblea se pronuncia por contratar los servicios de los Abogados Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez y Ab. Irlando Ismael Barros Veliz para que actúen conjuntamente con la directiva en la defensa de sus derechos laborales y constitucionales en especial de sus utilidades, destacando que el procedimiento de fiscalización e investigación ante los organismos públicos, tanto en Guayaquil como en Quito, ha contado con un apoyo mancomunado y la participación del acusado, Dr. Iván Villavicencio, y del acusador, Ab. Irlando Barros Véliz. Siguiendo con la reseña de hechos que motivan el contradictorio, afirma el acusador que en el año 2007 se obtuvo una resolución del Ministerio de Trabajo y Empleo favorable a los ex trabajadores y que, como consecuencia de esto, el 4 de julio del año 2007 de consuno abogados, directivos y ex trabajadores resuelven que la Directiva conjuntamente con el Dr. Iván Villavicencio procedan a armar las carpetas, documentos y demás requisitos que exija el Ministerio de Trabajo y Empleo, en especial el Director Regional de Trabajo, para que los trabajadores miembros de la asamblea procedan a cobrar el pago de las utilidades destacando que estos juicios laborales permitieron obtener pruebas que fueron incorporadas al proceso administrativo de investigación y fiscalización. Refiere el acusador que en un acuerdo posterior entre los abogados y la directiva de los trabajadores se toma la decisión de que los valores por servicios profesionales que los trabajadores tenían que pagar, esto es el 10% de lo que reciba cada uno de los trabajadores según lo

manifestado en el escrito de acusación particular, lo paguen al Dr. Iván Villavicencio Otañez quien procedería a repartir los valores que se recauden por servicios profesionales en partes iguales entre los abogados intervinientes, es decir, el 50% para el Abogado Irlando Ismael Barros Véliz, acusador en este juicio, y el otro 50% para el Dr. Iván Villavicencio Otañez, acusado en este juicio; así como también afirma que acordaron compensar a la Directiva por haber trabajado con los abogados en un proceso que duró más de tres años con el 10% del valor que se obtenga por servicios profesionales; compensación que absorberían a prorrata entre los abogados intervinientes, esto es, el 5% cada uno. Seguidamente el acusador reseña una serie de dificultades y desencuentros entre ellos, la evasión del pago por servicios profesionales de parte de algunos trabajadores; negativa del Dr. Iván Villavicencio Otañez a conceder anticipos al Ab. Irlando Barros Véliz sobre los valores acumulados por la recaudación del pago de servicios profesionales; gestiones fallidas del Ab. Irlando Barros ante el Director Regional de Trabajo para asegurar el pago de sus honorarios; para luego concluir que el Dr. Iván Villavicencio Otañez ha recibido la suma de NOVECIENTOS MIL DÓLARES según declaración juramentada de uno de los miembros de la Directiva de los ex Trabajadores que participó en el cobro de los honorarios profesionales, el señor Ambrosio Cedeño Espín, otorgada en la Notaría Cuarta del cantón Quito, el 14 de agosto del año 2008, sin que, según lo afirmado por el acusador, este valor haya sido repartido como se acordó en forma inicial, esto es, el 50% para el Dr. Iván Villavicencio Otañez y el otro 50% para el Ab. Irlando Barros Veliz, de lo cual uno debe deducir el 5% para la Directiva de los ex Trabajadores según el acuerdo expresado por el acusador. Estos son los antecedentes que dieron paso a la denuncia y posterior acusación particular, por lo que el acusador Irlando Barros Véliz considera que se ha configurado el delito de abuso de confianza tipificado en el art. 560 del Código Penal. Dentro de la instrucción fiscal se ordenaron las actuaciones que obran del proceso y, vencida ésta, hemos arribado a la audiencia de formulación de dictamen y preparatoria del juicio por lo que, concluido el debate y siendo el estado del proceso el de resolver la etapa intermedia, para hacerlo, se considera. **PRIMERO:** Si bien en la primera fase de la audiencia de formulación de dictamen y preparatoria del juicio se abordan cuestiones de prejudicialidad, competencia y procedimiento, se dejó abierta la posibilidad de declararlas en el caso de que se hicieran presentes en la segunda parte de la misma, lo cual no se advierte al momento de resolver; no obstante se hacen las siguientes precisiones. La doctrina considera como requisitos de procedibilidad: la denuncia en los casos en que procede, la acusación particular en los delitos de acción privada, el dictamen fiscal. Sin embargo, en todos los casos, la acción penal debe cumplir ciertas reglas tanto para su iniciación como para el desarrollo del proceso. La violación de las reglas del procedimiento, de conformidad con lo que establece el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, solo pueden ser causa de nulidad cuando generen inde-

fensión, lo cual no se advierte del proceso. Por otra parte, los casos de prejudicialidad se encuentran taxativamente fijados en la ley, tal es la falsedad de instrumento público, la disposición de prenda comercial ordinaria, la disposición de prenda agrícola, la disposición de especie vendida con reserva de dominio y los casos previstos en los arts. 494 y 532 del Código Penal, los que tampoco se advierten del proceso; como tampoco tiene anclaje la alegada falta de competencia por la índole del asunto, pues, el agente del delito de abuso de confianza bien puede servirse de un contrato para la comisión del delito, esto es, materialmente puede disponer de valores que le fueron confiados temporalmente mediante un acuerdo a condición de restituirlos a otras personas. En tales consideraciones, coincidiendo con los criterios que, al respecto, expresaron las otras partes procesales, ratifico la validez del proceso; **SEGUNDO:** El procesado responde al nombre de JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ cuyas generales de ley constan en el proceso; **TERCERO:** De los antecedentes consignados en líneas anteriores y de la exposición realizada por la Fiscalía en la audiencia de formulación del dictamen y preparatoria del juicio, se infiere que la instrucción fiscal se inició por el delito de abuso de confianza tipificado en el art. 560 del Código Penal, delito en el cual el Fiscal sustenta su pretensión punitiva solicitando que el procesado sea convocado a la etapa del juicio por este tipo penal. Entre otros elementos del Fiscal funda la existencia de la infracción y de la participación del procesado en la resolución de fecha 4 de julio del año 2007, emitida por el Dr. Antonio Gagliardo Valarezo, Ministro de Trabajo y Empleo, en la que resuelve el proceso administrativo presentado por los ex trabajadores de la empresa La Cemento Nacional C.A., hoy HOLCIM ECUADOR S.A., mediante la cual ordena que la compañía Holcim Ecuador S.A. deposite la suma de Treinta y un millones seiscientos setenta mil ochocientos setenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América (\$ 31'670.874,28) y agrega que esta resolución se ampara en todos los escritos y documentos que presentaron los ex trabajadores por intermedio de la Asamblea General Permanente de ex Trabajadores de compañía La Cemento Nacional C.A., hoy HOLCIM ECUADOR S.A., así como también por sus procuradores Raphael Peña Muñoz e Ing. Jenher Beltrán Malo, quienes firmaron los escritos y petitorios con los Abogados que se contrataron por intermedio de la Asamblea, Dr. Iván Villavicencio y Ab. Irlando Barros; resolución que consta de fojas 179 a 190 del cuaderno de la instrucción fiscal. En respaldo de la intervención conjunta de tales profesionales con los procuradores comunes de los trabajadores, así como de las gestiones realizadas por ambos profesionales del derecho se acompaña copiosa documentación anexada a un proceso de más de cuarenta cuerpos, la misma que contribuye a demostrar de modo irrefragable la intervención de ambos profesionales en unidad de causa y de propósito con los trabajadores; también constan en el voluminoso cuaderno de la instrucción fiscal las declaraciones de los procuradores comunes y de numerosos trabajadores reiterando que ambos

profesionales del derecho enfrentados en este juicio, fueron contratados por los trabajadores para que se ocupen del patrocinio en relación con el reclamo administrativo que hizo posible dicho pago y, adicionalmente, de la forma como debían distribuirse los valores a pagar por los trabajadores por concepto de servicios profesionales, eso es el 10% del valor de la liquidación correspondiente, cuya recaudación total se dividirían en partes iguales los profesionales contratados debiendo aportar cada uno con la décima parte de dicho valor a la Directiva de los Trabajadores. Constan elevadas a escrituras públicas las declaraciones juramentadas de numerosos ex trabajadores que dan fe de haber entregado al Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez los valores correspondientes al pago por los servicios profesionales de ambos auspiciantes especificándose, en el caso de algunos de ellos, las cantidades que pagaron, pagos que se vienen dando desde el año 2008 en que se resolvieron los últimos incidentes del reclamo laboral, entre ellos el Sr. Juan Antonio Anastasio Melgar, Darío Paul Zúñiga Ordeñana, José Patricio Anastasio Melgar, Patricia Sara María Saenz Capovilla, Carlos Leonardo Ponce Párraga, Mauro Pedro Delgado Muñoz, Walter Isidro Ordoñez Campoverde, Víctor Hugo Flores Pezo, Víctor Manuel Toledo Flores, Vicente Rubber Osorio Vélez, quienes declaran haber pagado los servicios de ambos profesionales en las cuentas que les fueron señaladas para el efecto que son las cuentas bancarias que señaló el Dr. Jorge Villavicencio Otañez. Consta el informe policial remitido por el Capitán de Policía Juan Pablo Cerda Villavicencio que refiere numerosas entrevistas a ex trabajadores liquidados las mismas que coinciden en señalar que entregaron dinero correspondiente al 10% del valor de su liquidación para los abogados contratados por la Asamblea de ex Trabajadores, Dr. Iván Villavicencio y Ab. Irlando Barros, valores que fueron entregados al Dr. Iván Villavicencio Otañez. El cuaderno de la instrucción fiscal recoge también, entre otras, la versión de la Ing. Jenher Estive Beltrán Malo, segunda Procuradora Común y representante legal de la Asamblea de ex Trabajadores de la Cemento Nacional C.A., quien afirma que fue integrante de la Asamblea General Universal Extraordinaria de ex Trabajadores y que estuvo patrocinada primeramente por el Ab. Irlando Barros Veliz y luego, debido a los constantes viajes que tenían que realizar a Quito y Montecristi se incorporó al Ab. Iván Villavicencio Otañez, de forma que los trámites legales fueran realizados en forma conjunta por los dos profesionales de Derecho, Ab. Irlando Barros e Iván Villavicencio; también da su versión en el mismo sentido el primer Procurador Común de los ex trabajadores, Sr. Raphael Peña Muñoz, que ejerció su función desde diciembre del año 2004 hasta el 17 de marzo del 2007 en que fue reemplazado por la Ing. Jenher Beltrán; en su versión el Sr. Raphael Peña Muñoz señala la existencia de un acuerdo consistente en depositar solo a nombre del Dr. Villavicencio Otañez el porcentaje del pago por servicios profesionales equivalente al 10% de la liquidación de cada trabajador y que luego se haría una reunión entre ambos profesionales y la Directiva para la distribución

del producto de la recaudación y la entrega de los valores correspondientes a cada uno, es decir el 5% (equivalente al 50% de la recaudación por honorarios) para el Dr. Iván Villavicencio y 5% (equivalente al otro 50% de la recaudación por honorarios) para el Ab. Irlando Barros, del cual cada profesional entregaría a la Directiva el 5% (equivalente a la décima parte de lo cobrado por sus servicios, como aporte a los miembros de la Directiva por su sacrificio en la lucha. En su descargo el procesado ha alegado, en lo principal, incompetencia del Juez al no existir un contrato o convenio escrito para establecer jurídicamente la obligación que el sujeto activo tenía para con el sujeto pasivo de restituirle o hacer un uso determinado del dinero; que no se ha determinado la fecha, día y hora de la supuesta infracción, lo cual es un requisito de procedibilidad; que este proceso no podía iniciarse, ni debe continuarse por existir cuestiones prejudiciales ya que los hechos en los que el denunciante funda su derecho supuestamente lesionado corresponden a la justicia civil en la que debe declararse la existencia del convenio o contrato verbal o escrito entre el denunciante y el procesado; violaciones al debido proceso por las que considera, incluso, que deben excluirse pruebas; así como también alega que el Fiscal no se ha permitido analizar con detenimiento el valor probatorio que contiene la versión del procesado y algunas versiones constantes en el proceso, y afirma que más bien se ha tergiversado la versión del Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez y ha omitido referirse a algunas acciones seguidas por dicho profesional, entre las que cita: **1)** Recurso de reposición interpuesto por el Ab. Joffre Campaña en representación de Holcim; **2)** Juicio por supuesto incendio y destrucción Nro. 0629-2005 seguido en el Juzgado Décimo Segundo de lo Penal de Pichincha en contra de 83 ex trabajadores agregado al proceso en 1.374 fojas; **3)** Juicio de acción pública Nro. 0623-2005 seguido en el Juzgado Décimo Segundo de lo Penal de Pichincha en contra de 83 ex trabajadores; **4)** Juicio de acción de amparo constitucional Nro. 1122-2007 seguido en el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha propuesto por los ex trabajadores de Holcim que considera viabilizó realmente el depósito de las utilidades por parte de Holcim, alegando que en estos procesos en ninguna foja aparece la intervención del denunciante Ab. Irlando Barros Veliz. Alega también que en ninguna parte del dictamen se encuentra el monto exacto de la supuesta apropiación del dinero al que tendría derecho el falso acusador y que nunca se ha realizado una pericia contable que lo determine, por lo que solicita que en subsidio, se dicte auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado. **CUARTO:** Uno de los aspectos más problemáticos en la práctica judicial ecuatoriana es el relativo a diferenciar entre la comisión de un delito y el mero incumplimiento contractual. Como se conoce, el agente del delito de abuso de confianza bien puede servirse de un contrato o un acuerdo para la comisión del delito, esto es, materialmente puede disponer de valores que le fueron confiados temporalmente mediante un acuerdo a condición de restituirlos a

otras personas. En el presente caso se ha denunciado un delito de abuso de confianza vinculado a un acuerdo de colaboración o convenio tripartito entre el acusador, Ab. IRLANDO ISMAEL BARROS VÉLIZ, el acusado, Dr. JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ y ex Trabajadores de la empresa La Cemento Nacional C.A. ahora HOLCIM ECUADOR S.A., instituido, de acuerdo con lo afirmado por el acusador particular, en base a una resolución de la Asamblea General de los ex Trabajadores de la empresa cementera y sus directivos, que fuera celebrada el 5 de abril de 2005, aunque el Ab. Irlando Ismael Barros dice que venía actuando desde el 26 de noviembre de 2004, por decisión de un grupo de ex trabajadores. Este acuerdo tenía como propósito promover una salida administrativa o judicial al conflicto laboral que enfrentaba a la empresa cementera y ex trabajadores precarizados que, con tal fin, acudieron a los servicios profesionales de los profesionales del derecho Ismael Barros Véliz y Jorge Villavicencio Otañez a efecto de que gestionen el pago de sus utilidades. Para el Juez de Garantías Penales asumir que está ante la comisión de un delito de abuso de confianza o que existe un incumplimiento contractual, trae como efecto principal que en el caso de un incumplimiento contractual, los hechos sean materia de un proceso civil, administrativo o arbitral. Siendo así, debo comenzar por verificar la concurrencia de los presupuestos típicos del delito de abuso de confianza, respecto del cual si tengo competencia, verificando la presencia de la entrega de un bien mueble como producto del convenio o acuerdo que convierta a la persona que lo recibe en tenedor precario de ese bien, y verificando también si fue restituido cumplida la condición o el compromiso por el cual le fue entregado ese bien de modo precario. Tratándose de convenios que contienen cláusulas previstas en el contrato la letra del contrato se encarga de aclarar las condiciones del acuerdo; pero cuando no se han previsto cláusulas por escrito las condiciones en que debió realizarse la entrega y la restitución hay que inferirlas de otros hechos a falta de cláusula expresa. El contenido de injusto del delito de abuso de confianza puede entrecruzarse con supuestos de controversias extrapenales, por lo que existe la necesidad de identificar los presupuestos que revisten relevancia penal y por tanto configuran el delito de abuso de confianza, pues, estos delitos normalmente suponen un acuerdo previo entre las partes que surge de la celebración y ejecución de ciertos negocios jurídicos, existiendo una zona gris que es precisamente la que dificulta determinar a veces cuando nos encontramos ante un delito y cuando frente a un ilícito de contenido civil. En tal sentido resulta importante definir los presupuestos fácticos y jurídicos del delito de abuso de confianza para luego establecer si se han cumplido en el caso concreto sin desbordar el plano de legitimidad del Derecho Penal, y considerar dentro del ámbito de protección del art. 560 del Código Penal solo las conductas que desde un inicio revelen la entrega precaria de un bien mueble bajo condición de restituirlo a su propietario o destinatario. El abuso de confianza, que también se lo conoce en la doctrina como apro-

piación indebida, consiste en la apropiación o distracción, en perjuicio de otro, de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble recibida en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla. Entre el abuso de confianza y la estafa existen importantes diferencias: en la estafa el elemento característico es el engaño, concomitante con la entrega de la cosa, en el abuso de confianza el dolo surge con posterioridad a la entrega. Por otra parte el abuso de confianza recae sobre bienes muebles, la estafa indistintamente sobre muebles o inmuebles. El bien jurídico lesionado por el abuso de confianza es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el sujeto activo y que este debe quebrantar, violando así la confianza depositada en él; adicionalmente, en el abuso de confianza el sujeto activo recibe la cosa a un título legítimo pero precario: el de mera tenencia, título que sirve de presupuesto para la apropiación indebida. Este delito viene a constituir una forma impropia de hurto, en que el autor convierte su título precario en posesión. Son elementos específicos del delito de abuso de confianza: a) La apropiación o distracción de dinero, efectos o de cualquier otra cosa mueble; b) que la cosa se haya recibido en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla; c) El perjuicio a un tercero. **QUINTO:** En el presente caso, a criterio del Juzgador, se han cumplido los elementos específicos del abuso de confianza, por cuanto el acusado, Dr. Iván Villavicencio Otañez, ha tomado para sí la totalidad de un bien dinerario que debía devolver en parte en virtud de un acuerdo previo, el mismo que lo convertía en tenedor precario de una parte del dinero recibido por pago de servicios profesionales que hicieron los ex trabajadores precarizados de La Cemento Nacional C.A. después del año 2008, en que La Cemento Nacional C.A. hoy Holcim Ecuador S.A., hizo efectivo el pago de treinta y un millones seiscientos setenta mil ochocientos setenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América (\$ 31'670.874,28), luego de haberse resuelto los últimos incidentes del reclamo laboral que enfrentó a esta empresa con ex trabajadores. De este gran total una parte fue cobrada por concepto de liquidación por el grupo de trabajadores que recibieron los servicios del Ab. Ismael Barros Véliz y Dr. Iván Villavicencio Otañez, quienes fueron designados como patrocinadores legales por un grupo constituido en Asamblea General de Trabajadores; no obstante de la recaudación del pago que por servicios profesionales hicieron los trabajadores se encargó el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, de quien esperaba el otro profesional contratado y la Directiva de los trabajadores una explicación, necesaria desde todo punto de vista, para establecer el valor recaudado por dicho profesional como producto del pago por servicios profesionales que hicieron los ex trabajadores por los servicios de ambos profesionales del derecho. Resiente la lógica jurídica que reclame por falta de una pericia contable y la falta de determinación del monto exacto del valor recaudado, que es la base para la repartición de las fracciones y beneficios

resultantes del acuerdo, quien debió ofrecer a la Directiva y al otro profesional contratado una explicación clara, precisa y detallada del monto recaudado por pago de servicios profesionales; esto, lejos de representar un vicio de procedibilidad, es una clara demostración de mala fe, así como también lo es la alegada inexistencia de un contrato escrito porque, si tal contrato no existe, no existe para ambos profesionales, habiendo lugar a que el Juez infiera la existencia del acuerdo de otras actuaciones procesales puesto que nadie debe beneficiarse de su propio dolo o culpa para evadir las aclaraciones a las que está obligado, ni puede escudarse en la inexistencia de un contrato escrito para desconocer derechos de terceros. No obstante lo anterior, si bien no existe un contrato escrito y una pericia contable, cuando se acuerda una participación por porcentajes esta es medible porcentualmente del valor a porcentuar, lo que no puede aceptarse es que quien debe establecer el valor a porcentuar alegue esto como eximente de responsabilidad porque esto entraña un fraude a la justicia. En el presente caso el bien a porcentuar y los porcentajes a distribuirse, a criterio del Juzgador, están claramente identificados en sus orígenes y en su destino con las declaraciones de los ex trabajadores de La Cemento Nacional C.A. y sus procuradores, quienes establecen con claridad el porcentaje de la recaudación que debía retener el acusado, Dr. Jorge Villavicencio Otañez, y el porcentaje que debía devolver al acusador, Ab. Ismael Barros Véliz, copartícipe de las gestiones que generaron ese dinero, así como también a los trabajadores a manera de compensación igualmente acordada, aunque el procesado se haya negado a ofrecer la cifra resultante de la recaudación a él encomendada, de modo que habiendo el acusado recaudado una cantidad indeterminada de dinero de parte de los ex trabajadores de la empresa Cemento Nacional C.A. que fueron asistidos profesionalmente por ambos profesionales del Derecho en el reclamo laboral que enfrentaba a dichos trabajadores con la empresa demandada, en la no devolución de la parte que le correspondía devolver a terceros está el abuso de confianza y la apropiación, y en la ninguna voluntad por aclarar cuentas está presente el dolo posterior. Debo insistir en que, si bien el dinero recibido por parte del acusado es una suma hasta el momento indeterminada, ésta indeterminación es en cuanto al monto, lo cual puede interpretarse como el resultado de la negligencia o mala fe del procesado, pero está perfectamente determinada en cuanto a los porcentajes, el momento a partir del cual debía fraccionarse (después del año 2008 en que se hizo efectivo el pago y una vez resueltos todos los incidentes), la forma como debía fraccionarse y los destinatarios de las fracciones, de modo que si el acusado ha retenido fracciones que correspondían a otros mediante un acuerdo, ampliamente respaldado en el proceso con las declaraciones de los trabajadores, y no ha mostrado ninguna voluntad por aclarar cuentas respecto de un trabajo profesional que demandó algunos años, peregrinaciones, huelgas de hambre, encarcelamientos y que comprometió el tiempo y el trabajo de muchas personas, es que ha banalizado dolosamente las obligaciones que genera un

trabajo que generalmente se hace en equipo y que se hizo en equipo, tal cual consta acreditado en el proceso con las versiones de los trabajadores. Especial relevancia para el análisis tienen las versiones de los trabajadores incorporadas al proceso que, siendo algunas, dan fe de que ambos profesionales trabajaron, de que los trabajadores pagaron la parte que les correspondía al Dr. Iván Villavicencio Otañez la pagaron sabiendo que estaban contribuyendo al pago de los servicios de los dos profesionales que les asistieron, lo cual sabían en virtud de un acuerdo previo que fluye nítidamente del proceso, sin que el procesado haya demostrado cuáles son los beneficios que por su trabajo ha recibido el otro profesional limitándose a descalificarlo y a negar el compromiso. Tienen especial relevancia estos testimonios porque provienen de personas que, o no tienen nada que reclamar, que es el caso de los trabajadores que no ejercieron funciones directivas y pagaron su dinero, o tienen muy poco que reclamar, que es el caso de los ex trabajadores miembros de la directiva que reclaman para su organización o para la directiva la décima parte de lo que les corresponde recibir a los dos profesionales que se ocuparon del patrocinio. Es evidente que, además de haberse acreditado con documentos escriturarios y declaraciones la condición de tenedor precario del Dr. Iván Villavicencio Otañez sobre una parte del dinero que se encargó de recibir por concepto de servicios profesionales, se ha cumplido el otro presupuesto del delito de abuso de confianza que es la tenencia de la especie por el agente, tenencia que se ha materializado con la entrega del dinero que por el pago de honorarios profesionales han realizado los ex trabajadores de La Cemento Nacional al sujeto activo del delito, Dr. Iván Villavicencio Otañez, y cuya causa no ha sido transferir en su totalidad y de modo exclusivo el dinero entregado por servicios profesionales a dicho profesional. En lo que dice relación al tercer elemento constitutivo del delito de abuso de confianza, esto es el perjuicio a un tercero, este se ha materializado con el perjuicio patrimonial resultante del hecho de que el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez haya convertido su título de mero tenedor en posesión disponiendo de la totalidad del dinero y negando al profesional denunciante y a la Directiva de los ex trabajadores su derecho a participar del fruto de su trabajo, en el primer caso, y de la compensación acordada respecto de los últimos. El dolo, como elemento subjetivo del delito, está determinado por la negativa del profesional denunciado a devolver las fracciones que no le corresponden y que representan para otros la retribución pre acordada respecto de un trabajo que a todas luces se advierte que no fue ad honorem, y que no puede serlo por los riesgos que implica y el tiempo que demanda. Finalmente, existiendo o no existiendo contrato, y aunque en el primer caso el contrato sea nulo, la nulidad o la inexistencia de un contrato no pueden afectar el hecho físico del desplazamiento y/o la retención de una cosa que se debe entregar, en caso contrario se produciría un enriquecimiento sin causa. Lo que importa es el título por el que se tiene la cosa, si este título es precario y existe la obligación de devolverla se estaría ante un delito de

abuso de confianza. Generalmente son títulos aptos para la comisión del delito en referencia, la comisión, el depósito y la administración, pero estas referencias son meramente ejemplificativas. **SEXTO:** En relación con las exclusiones de elementos de prueba solicitadas por el procesado se hacen las siguientes consideraciones. Cuando se solicitan exclusiones de medios o elementos de prueba no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de su finalidad, que es constituirse en un medio para la realización de la justicia. Si se pretende exigir que se observen las formalidades externas, los ritos per se, como si fueran un fin en sí mismos y no un medio, sería, en definitiva, poner en primer plano las formas abandonando lo de fondo que es la realización de la justicia. La Constitución no se opone al formalismo procesal, lo que condena el art. 169 es que se conviertan en meras complicaciones de tal manera que la justicia pase a segundo plano, es decir, ha de tenerse en cuenta que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. En este mismo orden de ideas el innumerado tercero agregado después del art. 5 del Código de Procedimiento Penal vigente no excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio. Ahora bien el hecho de poder contradecir las pruebas significa tener la oportunidad de rebatirlas y esto siempre es posible respecto de la prueba incorporada al proceso y sometida a debate, lo cual ha sucedido respecto de todas las pruebas respecto de las cuales el procesado solicita exclusión habiendo el Juez escuchado y valorado sus objeciones a efectos de conceder el valor que corresponde a cada una de ellas en contraposición a los criterios de la acusación. Más allá de las formas el convencimiento del Juez de la existencia de un acuerdo no proviene del documento firmado entre el acusador y el procurador de los trabajadores, cuya autenticidad ha sido cuestionada por la defensa del procesado, sino de una suma de hechos indicadores, cual en derecho corresponde, que me llevan al convencimiento deductivo de la existencia de un acuerdo hasta por la índole misma del asunto litigioso puesto que los servicios profesionales son remunerados. De otra parte, a falta de una pericia contable, de dudosa realización cuando se niega el compromiso mismo, no se puede negar viabilidad jurídica a las declaraciones juramentadas realizadas por los ex trabajadores ante fedatario público sin que esto signifique resignar la justicia ante formalidades; tanto más que lo declarado por los trabajadores se corresponde plenamente con lo que informa el parte informativo policial que refiere entrevistas realizadas a los trabajadores, las mismas que apuntan en dirección a la existencia de un acuerdo previo y son suficientemente sugerentes de que cuando los trabajadores pagaron servicios profesionales lo hicieron convencidos de que pagaban los servicios de ambos profesionales; lo contrario sería silenciar la voz de muchas personas en beneficio del procesado, quien tampoco muestra un contrato que justifique el beneficio exclusivo del producto de un trabajo compartido. Para Eduardo Pallares la sana crítica es el “principio jurídico que permite al Juzgador aplicar las nor-

mas establecidas por la lógica, la experiencia y la ciencia, a fin de discernir lo verdadero de lo falso. Estas reglas se aplican generalmente en materia jurídica, en la valoración de los testimonios o apreciación de las pruebas aportadas por las partes y no existen principios determinados y precisos que la agrupen”. Los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de la verdad deben apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad. La realidad es que el trabajo humano tiene un valor, de modo que, a partir de las reglas de la experiencia, es más fácil creerle a quien se lo otorga que a quien se lo niega. De igual forma la lógica jurídica nos induce a pensar que, a falta de contrato escrito, los testimonios cuentan, sobre todo los de aquellos que no tienen nada que recibir, en cuyo caso hay razones para creer que lo hacen por vocación de justicia y elemental reciprocidad. Atentas estas consideraciones no se excluye ningún elemento probatorio incorporado al proceso, sin perjuicio del valor que el Tribunal Penal, que es donde se practica la prueba propiamente dicha, le pueda reconocer a los anticipos probatorios practicados durante la instrucción fiscal. **SÉPTIMO:** Por las consideraciones anteriormente anotadas, en mi calidad de Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, acojo el dictamen acusatorio del titular de la investigación penal y dicto auto de llamamiento a juicio contra el procesado JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ, por existir indicios suficientes de su participación en el delito tipificado en el art. 560 del Código Penal en calidad de autor y para asegurar la comparecencia del procesado en la etapa del juicio se dispone la prisión preventiva del mencionado acusado de conformidad con lo que establece el art. 167 del Código de Procedimiento Penal, debiendo girarse la boleta de encarcelamiento respectiva y oficiarse a las autoridades de Policía para que procedan a su localización y captura. Se ordena la prohibición de enajenar los bienes que pudiera tener el mencionado acusado debiendo oficiarse a los señores Registradores de la Propiedad de Guayaquil y Quito para que tomen nota en los libros respectivos. Ejecutoriado este auto que el Secretario del despacho de cumplimiento a lo dispuesto en la última parte del art. 232 del Código de Procedimiento Penal. Actúe la Ab. Julia Villamar Medina, encargada del despacho.

Notifíquese y Cúmplase.

f) Ab. Edgar Macías Guerra, Juez.

RECURSO DE NULIDAD

Juicio Nro. 2013-0089

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRÁNSITO. Guayaquil. Martes 23 de abril del 2013. Las 11h48.

VISTOS: Una vez que se ha sustanciado el recurso de nulidad interpuesto por parte del encartado, Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, respecto del auto de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez Décimo de Garantías Penales

del Guayas, dentro de la causa penal, Nro. 153-2012; que en ese despacho se tramitó, por el delito del art. 560 del Código Penal, en grado de autor; como consta que en día y hora fijada previamente tuvo lugar la audiencia de contradictoria de sustentación o fundamentación del recurso; tal como aparece del extracto del acta precede; habiendo el Tribunal escuchado las razones y fundamentos de hecho y derecho que plantearon las partes a favor de sus posiciones, luego de deliberar el Tribunal, con la prudencia, estudio y prolijidad necesaria, atentó a la complejidad de los hechos del contencioso sustanciado en sus 41 cuerpos; y, en relación con el tema jurídico procesal concreto de la nulidad del interlocutorio de proceder o de llamamiento a juicio dictado contra el imputado; la Sala de Conjuces, debidamente integrada según consta de los llamamientos hechos a sus miembros, en las acciones de personal, cuyas copias se mandan agregar a estos autos; afronta en esta resolución a emitir su decisión que la expide en base a las siguientes consideraciones de derecho como suficientes motivación visto el mérito de los autos, cumpliendo su obligación contenida en el inciso cuarto del art. 345 del Código de Procedimiento Penal. **PRIMERO:** En el auto de llamamiento a juicio que dictará, el 29 de enero del 2013, a las 09h20; el señor Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas; examinó su propia competencia, y se pronunció en que le alcanzaba a conocer el tema denunciado, por el cual, fue imputado el aquí recurrente, pues, apreció correcta la acción del señor Fiscal, cuando ejerció la acción penal, como le correspondía, e inició y sustanció la etapa de instrucción fiscal, luego de lo cual, en la etapa intermedia, en la audiencia preparatoria del juicio y sustentación de dictamen, acusó al imputado como autor del delito investigado, denunciado y acusado, por quien se dice ofendido o perjudicado. Por ello, el señor Juez a quo; concluyó, ratificando la validez del proceso y de la competencia y jurisdiccional penal que le alcanzan; dictando en su contra, llamamiento a juicio, estimándolo autor del delito de tipifica y reprime el art. 560 del Código Penal. **SEGUNDO:** De dicha resolución interlocutoria, el encartado deduce recurso de nulidad, expresando, en su lato escrito que lo contiene (fs. 4068) que lo hace “con el fundamento en el art. 330 numerales 1 y 3 del Código de Procedimiento Penal”, aunque prometió: “en la correspondiente audiencia pública, oral y contradictoria ante el Superior ampliaré y fundamentaré las causales en que fundo mi recurso” (sic). **TERCERO:** La causa de nulidad en materia penal, son aquellas previstas de manera taxativa en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal; es decir, solo cabe nulitar un proceso penal cuando se omite cualquiera de esas circunstancias y presupuestos de procedibilidad reseñadas en dicha norma; y no por otras que resultarían inaplicables. Esta nulidad puede ser total o parcial y siempre y cuando influyan en la decisión de la causa, esta final condición de procedibilidad que en el fondo es la última ratio de la aplicación o declaratoria de nulidad ya total o parcial. **CUARTO:** Es evidente que no procede admitir la nulidad propuesta por incompetencia del Juzgador, pues, los

hechos que se han investigado según la apreciación fiscal, constituyen delito de pesquisa oficial o pública como se aprecia de prima facie, de la denuncia; lo que permitió sean calificados como hechos de naturaleza penal, como delitos. Así han sido calificados por el funcionario competente, como lo es el Fiscal, como único facultado por el Estado para el ejercicio de la acción penal pública, por lo que la causal del nro. 1 del art. 330 del Código de Procedimiento Penal, propuesta como fundamento del recurso de nulidad, debe ser desechada, por improcedente. El denominado “auto de llamamiento a juicio” es una decisión judicial que clausura o precluye tanto la etapa de “instrucción fiscal” como la “intermedia” y según el art. 232 del Código de Procedimiento Penal, en “el mismo auto deben incluirse los siguientes requisitos” que taxativamente los señala del Nro. 1 a 4, que consta en la norma citada. De una revisión rigurosa, se aprecia que la providencia que contiene el auto de llamamiento a juicio censurado, contiene los requisitos que señala la norma citada; por lo que no cabe admitir nulidad alguna. No requiere como aparece de tales requisitos, un señalamiento de pruebas procesales, porque ellas solo se producen en la etapa del juicio, siendo suficiente que el Juez señale “la especificación de las evidencias que sustentan la decisión”; lo que va razonablemente unido al principio de que “las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio”, como lo señala la misma norma, en su inciso siguiente. **QUINTO:** En el caso examinado, se observa de la revisión del expediente que el encartado ejerció de modo amplio y suficiente y sin ninguna angustia su derecho legítimo a la defensa, pues, se ha acumulado en los autos actuaciones que pasan los 4.000 folios en 41 cuerpos; y, no se aprecia que hubiese estado de indefensión, en ningún momento procesal; los indicios de su incriminación y el grado de la misma pasan por las verificaciones del entorno procesal que lo involucra, del modo y forma como lo valoró, tanto el Fiscal Instructor, en la audiencia respectiva y que consta, además, en el dictamen estricto que obra de los autos; (fs. 4.037 a 4.060) así como de la decisión que tomara el Juez de la causa, motivando el auto de llamamiento a juicio, que se ratifica en su validez formal, pues, no se advierte omisión de solemnidades sustanciales que pudieran influir en la causa. No es demás afirmar que los procesos, de la competencia que fueren, no son “misas jurídicas”, como lo señalaba el Maestro Couture; y en todos caben imperfecciones; más solo aquellas que pudieran influir en la decisión de la causa son las que contaminan de nulidad, ya subsanable, relativa o total o absoluta; ningún caso de ellas se da en el contencioso. Se insiste y repite, solo los vicios formales que pudieran afectar el ejercicio del derecho a la defensa pueden ser admitidos como causal para nulitar ya un acto procesal, ya una parte concreta de un proceso o si su gravedad es vulnerante de derechos protegidos constitucionalmente, la nulidad absoluta e insubsanable, ninguno es el caso que se examina. **SEXTO:** Resolución. Con fundamento argumentativo de hecho y de derecho que se dejan expresados como suficiente motivación jurídica,

que no se refiere al fondo del contencioso, pues, no tiene competencia para ello; esta Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; **desecha el recurso de nulidad propuesto respecto del auto de llamamiento a juicio dictado contra el recurrente, mismo que se ratifica en su validez.** En cuanto al pedido de que se revise la prisión preventiva dictada en su contra, la Sala considera: **1)** Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la ley, es el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable. El derecho penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena, pero que funciona mediante un sistema de medidas cautelares y que de manera general afectan a la libertad personal y los bienes de éstas; medidas que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida, es una especie de reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente ataques de peligrosidad social, y ciertamente como una tarea de defensa de la sociedad; **2)** La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, así lo dispone el numeral 1 del art. 77 de la Constitución Política de la República, por lo que el derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto; **3)** La nueva regulación constitucional recoge los principios básicos que deben presidir esta institución, principios que doctrinariamente son reconocidos por el tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Penal, establece los principios que rigen a las medidas cautelares, como lo son: El principio de excepcionalidad: se pretenderá mantener en libertad al acusado; principio de necesidad: estas medidas servirán exclusivamente para garantizar la inmediatez del procesado al juicio; Proporcionalidad: las medidas cautelares guardarán estricta relación con los hechos; Peligrosidad del encartado y la alarma social que la comisión del delito ha causado; Obligatoriedad: Dictada la medida cautelar, esta debe ser acatada inmediatamente; Instrumentalidad: estas servirán como medio para la prosecución del proceso penal; Provisionalidad: se determinará un tiempo de duración de acuerdo con la ley; Revocabilidad: toda medida cautelar dictada puede ser extinguida; Principio de Impugnabilidad: las medidas cautelares, son susceptibles de apelación; Judicialidad: Solo pueden ser dictadas por el Juez competente; Principio de motivación: al momento de dictarlas, se fun-

damentará el porqué de su adopción; y, Legalidad: solo se pueden dictar medidas cautelares que se encuentren establecidos en la Ley. A través de esta institución, el Estado no desconoce la presunción de inocencia, sino que el carácter provisional de la medida responde a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal, por lo que la adopción de la prisión provisional tiende esencialmente: **a)** Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro, se atenderá conjuntamente la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado y el grado de peligrosidad del infractor. **b)** Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas relacionadas con el enjuiciamiento. **c)** Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general; y, **d)** Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, actuando unilateralmente o concertado con otras personas de forma organizada. De este modo la prisión preventiva dentro de un estado constitucional de derechos y justicia, no puede ni debe convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana, por lo que se ha previsto constitucionalmente que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario”. Desde esta perspectiva las medidas de aseguramiento, son viables si el funcionario judicial arriba a la convicción de que el procesado no continuará delinquiriendo y que comparecerá al proceso y a la ejecución de la eventual pena privativa de la libertad, considerando además que el imputado no pondrá en peligro a la sociedad, atendiendo a la naturaleza y modalidad del delito atribuido; por lo que es importante determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona que está siendo investigada y juzgada como posible responsable de haber cometido una conducta punible, y cuándo a pesar de tratarse de conducta socialmente reprochable existen circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar una medida de aseguramiento, distinta a la privación de la libertad en un establecimiento carcelario. Por otra parte, la aplicación de nuevas alternativas o fórmulas distintas de ejecución que promuevan un rápido descenso de la privación de la libertad, resulta trascendental. Esta opción de alguna manera se enmarca en el llamado estado de bienestar; esto tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad, y tiene su motivación es una reestructuración del conflicto social que genera la conducta delictiva; por lo que un sistema de justicia penal moderno debe establecerse una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, en todas las fases que así lo ameriten; **4)** La implementación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, surge como una innovación

de las legislaciones modernas tales como el arresto domiciliario, la obligación de presentarse al juzgador las veces que este lo solicite y la prohibición de abandonar el país; medidas con las que se trata de impedir que la privación anticipada de la libertad no resulte más prolongada que la pena a imponerse, evitando además el abuso del encarcelamiento preventivo. La Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo primero "Principios de aplicación de los derechos" ha previsto en el art. 11 numeral 9 inciso cuarto que "el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardado 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", estableciendo además que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. Por lo tanto, desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el Derecho Penal se concibe, no sólo como límite a la libertad, sino como un Derecho Penal de tutela de la libertad y de la dignidad humana, pues es evidente que la privación de la libertad siempre tendrá carácter afflictivo y perverso sobre cualquier persona. Es claro que un Estado de esta naturaleza debe evitar la aplicación de la privación de la libertad, cuando tenga otros medios menos lesivos para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar, garantizando la pacífica convivencia de los asociados; 5) El art. 167 del Código de Procedimiento Penal establece: "... Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio..."; 6) En el presente caso existen circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar una medida de aseguramiento, recordemos que el procesado tiene 68 años de edad, lo que lo ubica como una persona de la tercera edad (adulto mayor), quien por mandato constitucional no puede estar recluso por ningún concepto, y en caso de pretenderse dictar en su contra orden de prisión preventiva, el Juez a-quo debía ordenar el arresto domiciliario, por cuanto así lo manda expresamente la Constitución de la República (art. 38 numeral 7), siendo éste un derecho de las personas de atención prioritaria. Así también el art. 171 del CPP, da la facultad para que el juzgador al revisar una medida cautelar, la pueda sustituir, alegando como fundamento basal, el hecho de que el justiciable es una persona mayor de 60 años; buscando así la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado en el juicio; por lo que con el arraigo social presentado en esta instancia,

y considerando que el delito que se le imputa es el de estafa, tipificado y sancionado en el art. 560 CP, con pena de uno a cinco años de prisión; en aplicación al principio de excepcionalidad que rige la aplicación y adopción de la prisión preventiva, y art. 77, núm. 1 y 11 de la CRE; normas constitucionales que deben ser observadas como lo determina el art. 172 de la CRE, en concordancia con el art 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resuelve sustituir la medida cautelar dictada en su contra (art. 160 numeral 13 del CPP), por el arresto domiciliario con vigilancia policial (art. 160, numeral 11 del mismo cuerpo legal CPP), que deberá guardarlo en su domicilio ubicado en la calle Antepara, número novecientos veintiuno, Edificio Carrusel y Hurtado, Tercer Piso, oficina número trescientos cuatro, parroquia Nueve de Octubre del cantón Guayaquil, provincia del Guayas. Con el ejecutorial, devuélvase al Juzgador de origen. **Notifíquese. Cúmplase.**

f) **Ab. José Ortega Cadena, Ab. Helen Mantilla Benítez, Ab. Marco Quimis Villegas, Conjuceces.**

AUTO

Juicio Nro. 2013-0089

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRÁNSITO. Guayaquil, martes 11 de junio del 2013. Las 09h32.

VISTOS: Agréguese a la instancia, el escrito presentado por el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, en atención al mismo, confírase por medio de Secretaría y a costas del solicitante las copias certificadas que requiere. En mérito del petitorio presentado por el procesado Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, la Sala procedió a conocer y resolver en audiencia la solicitud de revisión de medidas, contando para el efecto con el Fiscal Richard Gaibor Gaibor. Por lo que, se procede a elaborar de forma escrita y motivada la resolución adoptada en la referida diligencia, bajo las siguientes consideraciones. **PRIMERO:** No existe vicio alguno al procedimiento que afecta lo actuado en esta instancia, por lo que se confirma su plena validez; **SEGUNDO:** El día martes cuatro de junio del 2013, a las 08h09, se escuchó al procesado exponer de palabra sus alegatos; éste, a través de su abogado defensor confusamente señaló en primer momento que su solicitud está concebida en lograr simplemente que se cambie el lugar de cumplimiento de la medida, no obstante, culminó alegando la sustitución de la misma, en reemplazo de la presentación periódica; para el efecto, invocó hechos como que el procesado es mayor de 65 años de edad, que se trata de un reconocido abogado laboralista, quien jamás ha tenido incidente alguno con la justicia. Por su parte, el Fiscal indicó que la medida cautelar de arresto domiciliario se encuentra debidamente adoptada, e incluso la propia Fiscalía la solicitó en su momento; no obstante la Policía Judicial ha manifestado que la vigilancia en el lugar señalado por el

justiciable, no otorga las facilidades del caso. En tal sentido, el acusador solicitó que el procesado señale otro domicilio distinto al que actualmente ocupa. **TERCERO:** A efectos de resolver, se considera: siendo el arresto domiciliario una medida cautelar que figura como accesoria de otras o y se define como “la privación de la libertad de movimientos y comunicación de un condenado o acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio, bien en otro fijado por el Tribunal sentenciador a propuesta del afectado”, se entiende que se emplea en situaciones singulares en las que el condenado no puede o no debe ingresar en prisión; tal como se ha establecido en base a las circunstancias físicas que abordan al encartado, principalmente su calidad de ADULTO MAYOR, hecho por el cual, el Estado le otorga una atención preferente, inclusive en procesos judiciales y cumplimiento de sentencias (art. 38, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, y art. 171 del Código de Procedimiento Penal); tal como en el presente caso se ha realizado; así, es viable el arresto domiciliario con los antecedentes expuestos por la propia defensa y la misma Fiscalía; partes que concuerdan en mantener la medida. Por otra parte, la presentación periódica del encartado ante la autoridad competente, como medida cautelar distinta a la ya adoptada, no satisface, ni enerva en el presente caso el peligro de fuga; riesgo que, dadas las circunstancias del hecho que se investiga, así como el perjuicio que se presume causado por el agente activo del delito a los ofendidos, es latente. Razones por las que, esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en atención a los principios constitucionales y preceptos legales propios de la justicia ordinaria, niega el pedido de sustitución de medidas planteado por la defensa de Jorge Iván Villavicencio Otañez, considerando acertado mantener el arresto domiciliario dictado en primer momento a favor del justiciable. Ejecutoriado este auto, remítase el proceso al juzgado de origen. Notifíquese.

f) **Dr. Henry Morán Morán, Juez. Ab. Marco Quimis Villegas. Dr. Fernando Grau, Conjuces.**

HÁBEAS CORPUS

Juicio Nro. 2013-0761

Juez Ponente: Dra. Inés Rizzo Pástor.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS PRIMERA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Guayaquil. Lunes 15 de julio del 2013. Las 11h38.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito presentado por la parte accionante, de fecha 19 de junio del 2013, las 16h00, el mismo que será considerado en el momento procesal oportuno. De igual manera forme parte del proceso el memorial presentado por el Ab. Irlando Ismael Barros Véliz, de fecha 20 de junio del 2013, las 09h24, proveyendo el mismo, tómesese en cuenta la casilla judicial y el correo electrónico que señala para efectos de notificación. En lo principal, integrada

y conformada legalmente la Sala con la intervención de los suscritos Dr. Luis Riofrío Terán, Presidente, Dra. Laura González Avendaño, Jueza Provincial y Ab. Inés Rizzo Pástor, Conjuceza de la Corte en funciones en la Sala, avocamos conocimiento de la presente Acción Constitucional de Hábeas Corpus interpuesta por el doctor JORGE VILLAVICENCIO OTAÑEZ. Competencia: En virtud del acta de sorteo constante a fs. 7 de la instancia, la Sala es competente para conocer y resolver la presente Acción Constitucional en virtud de lo normado en el último inciso del art. 89 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y con el Oficio Nro. 231-PCPJC, de fecha 22 de mayo del 2009 dando a conocer a los Presidentes de las Salas de esta Corte Provincial la resolución adoptada por la Dirección Provincial del Guayas y Galápagos del Consejo Nacional de la Judicatura, en relación al conocimiento y atención de las acciones de hábeas corpus presentadas ante esta Corte Provincial, para que las mismas “sean sorteadas entre todas las Salas que la integran, sin hacer ningún distingo en cuanto a su especialidad”. Validez Procesal: Al no evidenciar omisión de solemnidad sustancial que acarree la nulidad, se declara la validez de la presente acción constitucional, y en cumplimiento con lo normado en el art. 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se dicta la presente resolución: **1. ANTECEDENTES:** Legitimación activa: El accionante, al cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 de la Constitución de la República, que establece: “las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente” en concordancia con lo dispuesto en el art. 9, literal a) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentra plenamente legitimado para proponer la presente Acción de Hábeas Corpus. Legitimación pasiva: El accionante en el numeral “2” de su demanda expresa textualmente: “DESIGNACIÓN DEL JUEZ Y/O TRIBUNAL QUE HAN DISPUESTO O PROVOCADO LA CONTINUACIÓN DE LA ILEGAL, ARBITRARIA E ILEGÍTIMA PRIVACIÓN DE MI LIBERTAD. El Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, dentro del proceso penal Nro. 153-2012 y posteriormente la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas dentro del mismo proceso en el trámite del recurso de nulidad Nro. 89-2013, que yo interpusiera del auto de llamamiento a juicio, injustamente dictado en mi contra”. De esta forma, el accionante identifica al órgano accionado. **2. FUNDAMENTOS DE HECHO:** a. En la demanda de garantías que consta desde fs. 2 y vta. hasta fs. 6, el accionante señala que: desde el 06 de mayo del 2013 –se entiende que se refiere al 2013– se encuentra retenido en su despacho profesional dando cumplimiento al arresto domiciliario con vigilancia policial dispuesto por la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas la misma que al resolver el recurso de nulidad interpuesto,

en base a una petición subsidiaria, sustituyó la prisión preventiva dictada de forma inmotivada y desproporcionada por el Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas dentro del proceso penal Nro. 153-2012, por el supuesto delito de abuso de confianza, que tiene como antecedente la denuncia efectuada por el abogado IRLANDO BARROS VÉLIZ. Continúa en su relato y expresa que en el mes de abril del 2005 fue contactado por un grupo de ex trabajadores de La Cemento Nacional, hoy HOLCIM, para prestar sus servicios profesionales en pos de conseguir el pago de las utilidades generadas por la mencionada empresa cementera y sus empresas vinculadas en los años 1999 al 2003, acordando con quienes en ese entonces fungían como dirigentes y con las bases. Que el monto de sus honorarios sería fijado una vez que la compañía demandada consigne el dinero de utilidades ante las autoridades del trabajo, teniendo como referencia el equivalente del diez por ciento del monto de las utilidades que cada miembro del grupo de ex trabajadores recibiera. Que asistió a una de las asambleas de la organización de ex trabajadores que se encontraba en formación, para explicar a los interesados sobre su derecho al cobro de las utilidades y elaborar las estrategias a seguir; que, en esta asamblea conoció a IRLANDO BARROS VÉLIZ, novel abogado que asesoraba a uno que otro ex trabajador que también formaban parte de la organización en formación denominada "Asamblea General Permanente de Ex Trabajadores de la Compañía "La Cemento Nacional", hoy "Holcim Ecuador S.A.". Que el mencionado abogado le solicitó que quería colaborar con la causa y aprender de la experiencia del hoy accionante, sin que en modo alguno se hubiese acordado compartir sus honorarios, ni verbalmente peor por escrito. Que los miembros de la organización de ex trabajadores asesorados por el accionante, lograron que la empresa demandada HOLCIM consignara la suma de más de TREINTA Y UN MILLONES DE DÓLARES por concepto de utilidades no repartidas oportunamente, pero ya para ese entonces, esto es desde junio del año 2007, el Ab. IRLANDO BARROS VÉLIZ, (denunciante en el proceso penal) había dejado de participar en las reuniones de la organización, por lo que fue separado por decisión de la asamblea y no por el Dr. Iván Villavicencio, por ello se retiró y por su cuenta y riesgo formó otro grupo de ex trabajadores junto a RAPHAEL RAYMOND PEÑA MUÑOZ, en vísperas del cobro de las utilidades; que, el prenombrado abogado Irlando Barros Véliz, sin mediar previamente petición o requerimiento extrajudicial alguno sobre los supuestos honorarios a repartir, con fecha 10 septiembre del 2010 ha presentado una denuncia por el supuesto delito de abuso de confianza, fundándose en un inexistente acuerdo de partición de honorarios con el compareciente, que según el Ab. Barros "consistía en repartir el cincuenta por ciento a cada uno reclamando la astronómica suma de 450.000,00 dólares, suma que solo está en su imaginación, ya que en ningún caso tiene derecho real y peor moral a recibir un solo centavo de su parte, puesto que en ningún momento ha contratado con él, ya sea por escrito o verbalmente; es decir, se

pretende cobrar una supuesta obligación económica por la vía penal, creando artificialmente el injusto de supuesto abuso de confianza." -manifiesta el accionante-. **b.** En los numerales "3.2; 3.3; 3.4; 3.5; 3.7" de su demanda, el accionante reitera su criterio en calificar como ilegal el proceso y la medida cautelar de carácter personal dictada en su contra por tratarse de un asunto civil", en las restantes argumentaciones que detalla el accionante considera que existe además ilegitimidad y arbitrariedad en su privación de libertad. **c.** En el numeral 3.6 el accionante se refiere a las violaciones del Debido Proceso y al Derecho a la Defensa y expresa que desde el inicio de la indagación previa se ha generado su indefensión al aceptarse a trámite una denuncia por hechos no punibles; que la indagación previa ha permanecido abierta por más de un año, incumpliendo lo dispuesto en el 3er Inc. del art. 215 del Código de Procedimiento Penal; que ha existido comportamiento parcializado y nada objetivo por parte del Fiscal actuante por cuanto no se ha atendido las diligencias dentro de la instrucción fiscal peticionadas por el procesado Dr. Jorge Villavicencio Otañez. Finalmente, el accionante expresa textualmente que la medida cautelar de carácter personal, esto es el arresto domiciliario en su propio despacho profesional "(...) constituye un verdadero trato cruel, inhumano y degradante...sometiéndome al escarnio público, ante mis clientes y colegas, en condiciones no adecuadas en principio, pero que por la necesidad de mantenerme en contacto con mis clientes y coordinar mi propia defensa..., he adaptado mi despacho profesional para que preste las condiciones mínimas requeridas... y con el propósito de no abandonar la lucha en defensa de la clase trabajadora" (lo sombreado y subrayado es autoría de la Sala). **3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA RESOLUCIÓN: FUNDAMENTOS DE DERECHO:** **a)** De conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional numeral 1, se admite a trámite la presente acción de Hábeas Corpus, se señala fecha día y hora para que se realice la Audiencia Pública notificándose a los legitimados activo y pasivo. (fs.8). **b)** En cumplimiento con lo establecido en el art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se efectúa la Audiencia Pública, conforme consta de la razón sentada por el Actuario (E) de esta Sala, (fs. 22) a la que comparece el accionante Dr. JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ por sus propios derechos, acompañado de su defensor Dr. Washington Andrade Escobar, profesional que interviene en representación del accionante afirmando y ratificándose en los fundamentos de hecho y derecho de la Acción de Hábeas Corpus presentada, y en lo principal expresa que la retención en el despacho profesional de su defendido es ilegítima e inconstitucional por atentatoria a los derechos humanos por lo cual "(...) SOLICITA SE ORDENE LA INMEDIATA LIBERTAD DEL DR. JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ, DEJANDO SIN EFECTO PARA ELLO LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA, que ha sido sustituida por arresto domiciliario

en su propio despacho profesional ...o en forma subsidiaria, con base en lo dispuesto en el art. 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para evitar la continuación de esta medida cautelar inhumana y degradante, SE ADOPTA LA MEDIDA ALTERNATIVA DE PRESENTACIÓN PERIÓDICA, prevista en el numeral 10 del art. 160 *ibidem*. Hasta que se resuelva su situación jurídica en el Tribunal de Garantías Penales, competente que conozca esta causa...". Concluida la Audiencia Pública y encontrándose la presente demanda de Garantías en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO**. Solicitado el informe respectivo a la autoridad accionada, esto es, al Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas y a la Tercera Sala de Garantías Penales, Tránsito y Colutorio del Guayas, se remitió a este despacho mediante oficio Nro. 986-CPJG-TSPT, de fecha 18 de junio del 2013, (fs. 12 de la instancia), 41 cuerpos debidamente foliados contentivos del proceso penal Nro. 153-2012; así como, el informe constante en oficio Nro. 618-JDGP-13, de fecha 19 de junio de 2013, que es el objeto de esta acción constitucional. **1.** El accionante afirma que se le ha dejado en indefensión y que se ha violado el debido proceso en la causa penal seguida en su contra, por lo que solicita se ordene su inmediata libertad o se disponga una medida cautelar subsidiaria; al respecto, a fin de determinar la procedencia de su petición es necesario remitirse al contenido del art. 89, primer inciso, de la Constitución de la República que dispone: "la acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privada de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida e integridad física de las personas privadas de libertad". En la especie, analizadas las piezas procesales de la causa penal antes indicada se observa que el Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas acogiendo el dictamen acusatorio del Ab. Kléber E. Beltrán, Fiscal de lo Penal del Guayas, que consta a fojas 4.037 hasta 4.060, del 41° Cuerpo del Proceso Penal Nro. 153-2012, el 14 de enero del 2013 a las 08h45, dictó auto de llamamiento a juicio "por existir indicios suficientes de su participación en el delito tipificado en el art. 560 del Código de Procedimiento Penal, en calidad de autor, y para asegurar la comparecencia del procesado en la etapa del juicio..." conforme así se describe (fs. 13 hasta fs. 18 y vta., de la Instancia), dispone el Juez a quo la prisión preventiva del indicado procesado quien posteriormente interpone el recurso de nulidad del auto de prisión preventiva, avocando conocimiento la Tercera Sala de lo Penal, Colutorios y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas la misma que mediante auto de fecha 23 de Abril del 2013, a las 11h48, sustituye la prisión preventiva por la medida cautelar de arresto domiciliario en el lugar señalado para el efecto, medida cautelar substitutiva que se dicta considerando que la prisión preventiva en el actual sistema jurídico que rige nuestro País, esto es, de derechos y justicia, no debe ser considerada en forma indiscriminada, general o automática, debe ser adoptada dentro de los estrictos límites legales, "por lo que se ha

previsto constitucionalmente que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario." (sic). La Tercera Sala de lo Penal, considera también que, existiendo "conductas socialmente reprochables, existen circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar una medida de aseguramiento distinta a la privación de la libertad en un establecimiento carcelario". Con estas reflexiones, entre otras, la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, establece que en el caso del procesado -Jorge Iván Villavicencio Otañez-, existen circunstancias superiores que exigen aplicar una medida de aseguramiento, tanto por su edad, esto es 68 años, por lo que sustituye la prisión preventiva ordenada por el Juez a quo, y ordena el arresto domiciliario, fundamentado en el art. 38, numeral 7, de la Constitución de la República, aplicando de esta manera, la mínima intervención que permite garantizar la presencia del procesado en el juicio. (fs. 51 y vta. proceso 153-2012, cuerpo Nro. 41). Significa entonces, que el arresto domiciliario que cumple el accionante ha sido dictado al amparo y en aplicación de las normas constitucionales y legales que rigen el procedimiento penal, bajo el cual se halla el accionante. Se establece igualmente que el accionante ha ejercido su legítimo derecho a la defensa, encontrándose actualmente en trámite la causa penal seguida por el delito investigado, ante la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y de Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, causa dentro de la cual no existe impedimento alguno para que el accionante pueda continuar ejerciendo su legítima defensa a fin de desvirtuar la presunta responsabilidad e imputabilidad en el delito que se investiga; **2)** La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula sobre la interpretación de las normas, así, el numeral 5 del art. 3 de la citada Ley Orgánica establece: "5. Interpretación sistemática: las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía", y el numeral 7 dice: "Interpretación Literal: cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación". Se invoca dichas normas por cuanto el legitimado activo en el numeral 3.6. de su demanda afirma que se ha violado el debido proceso toda vez que la indagación previa ha permanecido abierta por más de un año contraviniendo lo estipulado en el 3ro. Inc. del art. 215 del Código de Procedimiento Penal, pero lo hace sin considerar el contenido integral del mencionado artículo, pues en este tercer inciso se establece claramente el requisito "de NO existir fundamentos para deducir la imputación la indagación no podrá mantenerse abierta por más de un año..." aún más, en el Inc. 4to., se dispone: "sin embargo si llegaren a poder de la fiscal o el fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido", se establece entonces que las actuaciones procesales del Juez penal a quo están enmarcadas en la norma precitada, la misma que no es

contraria a la Constitución de la República. 3) En igual forma, al denunciar las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa (numeral 3.6) de la demanda de garantías, el accionante califica de parcializada y nada objetivas las actuaciones del Fiscal actuante, sin que de la acción constitucional presentada se desprenda dicha inculpación. 4) El análisis que precede permite determinar que el accionante no ha logrado demostrar o acreditar vulneración a algún derecho constitucional en su contra, peor que el mismo se encuentre detenido de manera ilegal, arbitraria o legítima, ya que el encausamiento penal del procesado y el arresto domiciliario dispuestos no adolece de ilegitimidad o ilegalidad, como se deja explicado; 5). Que en la presente acción constitucional el accionante tampoco ha demostrado que su vida y su integridad física se hallen desprotegidas, pues, en el cuarto párrafo de su demanda a fojas cinco al referirse a su arresto domiciliario en su despacho profesional dice textualmente: “constituye un verdadero trato cruel, inhumano y degradante, ... sometíendome al escarnio público, ante mis clientes y colegas, en condiciones no adecuadas en principio, pero que por la necesidad de mantenerme en contacto con mis clientes y coordinar mi propia defensa..., he adaptado mi despacho profesional para que preste las condiciones mínimas requeridas... y con el propósito de no abandonar la lucha en defensa de la clase trabajadora”, expresiones de las que se colige que no se halla en condiciones inhumanas ni riesgosas para su vida e integridad física, permitiéndole ejercer su legítima defensa como el propio accionante manifiesta. 6) Que no corresponde a los suscritos Jueces Constitucionales ordenar medidas subsidiarias como solicita el accionante, ni sustituir medidas cautelares dispuestas dentro de un proceso penal por el juez o jueces competentes, máximo si no se ha probado ni demostrado la vulneración de derechos constitucionales, es decir, en el caso denunciado que nos ocupa NO se ha verificado privación ilegítima de libertad, arbitraria o ilegal ni de la medida cautelar dictada; así, se concluye que no existe violación al debido proceso ni al derecho de defensa los que han sido observados plenamente por los jueces penales competentes. **SEGUNDO:** El numeral 5 del art. 11 de la Constitución de la República contiene el principio de aplicación e interpretación de la norma constitucional o legal que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos, y el numeral 9 de la misma norma señala que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. De su parte, los arts. 66 y 77 de la misma norma suprema, consagran los derechos de las personas a la libertad, y de los procesados a la observancia de las garantías básicas que la ley refiere en la sustanciación de los procesos, concordante con lo previsto en el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, habiendo la Sala atendido todas y cada una de estas disposiciones constitucionales en este pronunciamiento judicial. Por las consideraciones que preceden, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOM-**

BRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, DECLARA SIN LUGAR LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS presentada por el accionante Doctor JORGE IVÁN VILLAVICENCIO OTAÑEZ, por no existir la vulneración de los derechos constitucionales denunciados. De conformidad con lo dispuesto en el art. 86 numeral 5 de la Constitución de la República, una vez ejecutoriada la presente sentencia remítase a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia. **Notifíquese.**

f) **Ab. Inés Rizzo Pástor, Dra. Laura González Avenaño, Dr. Luis Riofrío Terán, Jueces.**

RECURSO DE APELACIÓN

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, a 07 de agosto de 2013. Las 16h24.

VISTOS: (JUICIO Nro. 122-2013). Practicado el sorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y la Dra. María Rosa Merchán Larrea, en virtud de haber sido debidamente designadas por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución Nro. 04-2012 de 25 de enero de 2012, en su calidad de Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescentes Infractores. Actúa el señor doctor Francisco Iturralde Albán, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia de la señora doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza integrante de esta Sala Especializada, en virtud del oficio Nro. 1505-SG-CNJ-IJ de 25 de julio de 2013. **1. COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto dentro de la garantía constitucional de Hábeas Corpus, en razón de lo resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 19 de marzo de 2009, cuya publicación consta en el Registro Oficial Nro. 565 de 07 de abril de 2009, en la que se establece –acorde al derecho a la doble instancia– que, los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Provinciales, dentro de las acciones de Hábeas Corpus, serán conocidos previo sorteo por cualquiera de las Salas; y, la Resolución Nro. 03-2013 de 22 de julio de 2013, emitida por el mismo órgano, respecto a la nueva conformación de la Salas de la Corte Nacional de Justicia. **2. ANTECEDENTES:** El ciudadano Jorge Iván Villavicencio Otañez, presenta garantía constitucional de Hábeas Corpus, ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas, por estar privado de la libertad, –según el relato de su acción– desde el 06 de mayo de 2013. La privación de la libertad a la que está siendo sujeto el accionante, encuentra sustento en el proceso penal seguido en su contra, por el supuesto delito de “abuso de confianza”; proceso en el que se

han dictado sendas medidas de privación de la libertad, producidas en dos instancias jurisdiccionales: **i)** auto de llamamiento a juicio, en el que el Señor Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, dicta prisión preventiva;¹ y, **ii)** resolución del recurso de nulidad –presentado por el ciudadano Villavicencio Otañez– en el que, la Tercera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito del Guayas, ordena que la privación de la libertad del demandado, se cumplirá en su domicilio, es decir, se ordena su arresto domiciliario². Sobre la base de estos actos jurisdiccionales, el señor abogado Jorge Villavicencio Otañez, acude a la justicia constitucional y activa garantía Constitucional de Hábeas Corpus, en contra de las medidas de privación de libertad dictadas, solicitando fundamentalmente, se “[...] ordene mi inmediata libertad, dejando sin efecto para ello la medida cautelar [...]”³. En conocimiento de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia del Guayas, la garantía constitucional, ha sido declarada sin lugar, por considerar que no se ha demostrado que su vida o integridad física se hallen desprotegidos; sentencia de la que el accionante ha interpuesto oportunamente recurso de apelación. **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN, Y EL CASO CONCRETO.** La garantía constitucional de Hábeas Corpus, recogida en el artículo 89 de la Constitución del Ecuador, es una institución jurídica constitucional de especialísimo contenido, con respecto a la urgencia en su tratamiento por parte de la autoridad jurisdiccional. Urgencia en cuanto al tiempo de resolución cuya razón de ser, se asienta en uno de los derechos –históricamente– primigenios del ser humano: la libertad. Considerando la sensibilidad neurálgica que reviste el derecho de libertad, en cuanto es condición de desarrollo y ejercicio de otros derechos, el Constituyente, ha establecido un procedimiento de informalidad condicionada, a efectos de conseguir de la autoridad jurisdiccional el control constitucional de una detención que revista vicios ya sea de ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad⁴. **3.1** En lo que refiere a la resolución en estricto sentido del recurso de apelación de la presente garantía constitucional, esta Sala⁵, considera pertinente tratar aspectos de relevancia sobre el caso puesto a nuestro conocimiento: **i)** prisión preventiva como excepción extrema y última al derecho de libertad y, **ii)** principio de inocencia como vínculo de la medida privativa de libertad. **3.1.1 Consideraciones sobre la prisión preventiva:** La prisión preventiva tiene prescripción constitucional en el artículo 77 de la Carta Fundamental del país, en la parte atinente a

las garantías básicas que deben transversalizar todo proceso penal, en el que se decida sobre la libertad de las personas. Entre las configuraciones constitucionales de la prisión preventiva tenemos que, **i)** no será la regla sino la excepción, es decir, es extraordinaria; **ii)** su finalidad es de doble vía, por un lado, asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, y por otro lado, garantizar el derecho de la víctima a recibir oportuna y pronta resolución de la administración de justicia y, **iii)** para asegurar el cumplimiento de la pena. Como consecuencia de ello, el Constituyente ha dispuesto además que, el Juez aplique medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad conforme a ley; y que, las sanciones alternativas se dicten de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos de ley⁶. La regulación legal de la figura privativa de libertad de la que tratamos, se encuentra legislada en el Código de Procedimiento Penal, y que, es constitucionalmente válida, al establecer filtros previos a la orden de prisión preventiva; y entre ellos, encontramos que la prisión preventiva procederá de forma excepcional y restrictiva, siempre y cuando las otras medidas de carácter personal no fueren suficientes para evitar que el procesado evada la acción de la justicia.⁷ De estos elementos normativos, –constitucionales y legales–, podemos establecer que la figura de prisión preventiva se configura en dos momentos, uno en cuanto a su procedencia propiamente, que es de *carácter restrictivo y excepcional*; y, otro, en cuanto a los objetivos que persigue la medida: asegurar la presencia del procesado a todas las etapas del juicio y el derecho de la presunta víctima a una tutela judicial efectiva (administración de justicia oportuna y sin dilaciones). En este orden de ideas, se puede establecer que en un proceso investigativo penal, que se encuentra vinculado inexorablemente al principio de inocencia, la libertad constituye la regla; máxime si tomamos en cuenta paralelamente los parámetros delineados por el Constituyente y legislador, con los estándares internacionales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido insistentemente en su jurisprudencia respecto de la prisión preventiva, lo siguiente “*Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no*

¹ Ver Auto de Llamamiento a Juicio, dictado por el Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, fojas 4.061 del cuadragésimo primer cuerpo del expediente penal.

² Ver Sentencia de la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito del Guayas, fojas 50-52 del Cuaderno de Segunda Instancia del expediente penal por abuso de confianza.

³ Ver demandada de Hábeas Corpus, fojas 2-6 del expediente de garantía constitucional.

⁴ El artículo 89 de la Constitución, configura al Hábeas Corpus además como una garantía que protege la vida y la integridad física de las personas. Se hace especial énfasis en el derecho de libertad, pues ésta es la pretensión de quien acciona.

⁵ Por esta vía especial, actúa como Tribunal de apelación y no de casación.

⁶ Ver artículo 77.1 y 77.11 de la Constitución de la República.

⁷ Ver artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

*punitiva*⁸ (cursivas nos pertenece). Estándares nacionales e internacionales, que son de obligatoria observancia por quien actúa como *Juez de Garantías Penales* y como *Juez Constitucional*, constituyen el ámbito de control que este Tribunal realizará en el caso concreto más adelante. Estos filtros conceptuales y materiales establecidos constitucionalmente, corresponden a una concepción del derecho penal tendiente a reformar y disuadir, y no a castigar⁹, que es recogida ampliamente por los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (artículo 77), máxime que la prisión preventiva, es de carácter puramente cautelar –procede en los presupuestos procedimentales y de objetivos descritos supra– y no de carácter sancionador. Por último, es necesario entonces establecer que la prisión preventiva como figura cautelar del proceso penal, debe ser analizada y argumentada consistentemente por el juez que la dicte, tomando en cuenta no solo la permisión legal para adoptar la medida, sino la necesidad in extremis de dictarla, con razones suficientes que la justifiquen y, enmarcarla en los estándares ya establecidos, que deben guardar estricta coherencia con el tipo de delito que se está investigando, y la peligrosidad que el acto revista. En este contexto, además de la observancia de estas obligaciones normativas, los jueces garantes del debido proceso penal y de la Constitución, deben sumar un presupuesto adicional a tener en cuenta al momento de decidir imponer una medida cautelar de privación de libertad: el impacto de la medida en la vida de quien se la impone, en el ámbito de sus relaciones personales, sociales, familiares, laborales... y, que a posteriori –una vez obtenida sentencia– puede resultar un óbice significativo para su realización personal. Al respecto, “[...] el único objetivo por el cual el hombre, individual o colectivamente, está autorizado para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la autoprotección [...]”¹⁰ Por supuesto que, este Tribunal, conoce los límites del enunciado citado y que, se enmarcan precisamente en el ámbito constitucional, a efectos de garantizar el desarrollo normal del proceso investigativo, inescindiblemente ligado al derecho a la verdad de la supuesta víctima; teniendo en cuenta para esto, elementos de convicción suficientes para dictar la medida. **3.1.2 Principio de inocencia.** “La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...]”¹¹, el enunciado citado se potencia y adquiere mayor dimensión si nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El princi-

pio de inocencia, ha sido recogido constitucionalmente por el conglomerado plural ecuatoriano (artículo 76.2 CRE), como garantía sustancial de protección de las personas. En este sentido, no requiere mayores argumentaciones el hecho de que: a nadie puede considerarse responsable del cometimiento de un delito, si no ha sido declarado así en sentencia –firme o ejecutoriada–, previo un proceso revestido de garantías de defensa, contradicción, igualdad de condiciones de las partes, y demás derechos y garantías que integran el debido proceso. **3.2** En el caso concreto, esta Sala, no encuentra en ninguna de las providencias que disponen la privación de la libertad del ciudadano accionante, debida motivación, puesto que no hacen alusión alguna a este principio como un verdadero vínculo y límite a la privación de la libertad, lo cual resulta preocupante. **3.2.1** La resolución que motiva este recurso¹², si bien realiza un análisis teórico sobre la prisión preventiva y, dicta arresto domiciliario en consideración a la edad de quien plantea la garantía constitucional, olvida el principio de inocencia y la obligatoriedad de hacer un análisis de necesidad que justifique la privación de libertad, y de proporcionalidad del delito que se investiga con la medida. En este sentido, veamos el artículo 38 de la Carta Fundamental, que perfila direcciones, sobre las cuales establece la obligación del estado de construir políticas públicas que promuevan e implementen programas de atención, de quienes merecen tratamiento prioritario del estado y la sociedad, en su numeral 7 prescribe: “[...] 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” (cursivas fuera del texto). La lógica empleada por el Tribunal de alzada, rompe manifiestamente el principio de inocencia, y el de protección especial que debe el Estado a los ciudadanos considerados adultos mayores. **3.2.2** En relación al análisis sobre la pertinencia de la medida dictada, el Tribunal que conoció el Hábeas Corpus en primera instancia, lo hizo sobre la base de que, la integridad física o la vida de quien acciona, no se encuentran desprotegidas, lo cual es un error importante, puesto que si bien la garantía de Hábeas Corpus prevista por el Constituyente, contempla la protección de estos aspectos además de la libertad, el recurrente ha planteado esta acción específicamente por la vulneración al derecho a la libertad y, no por los otros presupuestos que alega el Juez Ad quem; es

⁸ Caso López Álvarez vs Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 01 de febrero de 2006, párr. 69; Caso Palamara Iribarne vs Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 22 de noviembre de 2005, párr. 196; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 24 de Junio de 2005, párr. 74 y Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 07 de septiembre de 2004, párr. 180.

⁹ Ronald Dworkin, Los Derechos en Serio, Barcelona, Ariel, 2007, p. 55.

¹⁰ *Ibidem.* p 373.

¹¹ Cfr. Caso López Álvarez vs Honduras, supra, párr. 67; Caso Palamara Iribarne vs Chile, supra, párr. 197; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 24 de Junio de 2005, párr. 74 y Caso Tibi vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la Corte IDH de 07 de septiembre de 2004, párr. 180.

¹² Nos referimos al fallo de la Tercera Sala Penal lo Penal, Colusorios y Tránsito del Guayas, fojas 50-52 del cuaderno de segunda instancia del expediente penal.

decir su decisión no está justificada, bajo parámetros de necesidad, legitimidad y proporcionalidad, íntimamente ligados a la particularidad del caso, conforme lo analizado en el considerando anterior. Pues de la revisión de los supuestos fácticos relevantes del caso, acorde a la argumentación que se ha dado a lo largo del fallo, aparece que, el ciudadano Jorge Iván Villavicencio Otañez, es un adulto mayor de la edad de 68 años, acusado del cometimiento del delito de abuso de confianza, tipificado en el artículo 560 del Código Penal, dentro de los delitos contra la propiedad. **i)** En este sentido, ¿Era necesaria la medida de privación de la libertad en cualquiera de sus formas, para asegurar el derecho del ofendido al normal desenvolvimiento del proceso y la consecuente inmediación del procesado a juicio? El primer análisis al respecto, debió ser conducente a buscar otras medidas que aseguren esos objetivos, más aún si existen varios elementos según la propia resolución que niega el recurso de nulidad, –entre otros– el arraigo social que ha demostrado el procesado y que así lo establece la Sala Penal.¹³ **ii)** ¿Es legítima la privación de libertad para asegurar el derecho del ofendido al normal desenvolvimiento del proceso y la consecuente inmediación del procesado a juicio? La normativa legal permite al Juez penal dictar un abanico de medidas reales y personales para cumplir esos objetivos, pero obviamente a la luz de la particularidad del caso concreto (art. 77.11 CRE). Al respecto, el Tribunal de esta Sala sostiene, que una medida es legítima, cuando al dictarla tiene en cuenta, las condiciones particulares del procesado, tales como: arraigo social, laboral, profesional, familiar, etc.; el principio de inocencia, situación de vulnerabilidad, y el deber de protección especial y atención prioritaria que debe el Estado; cumplimiento de obligaciones procesales; y, por último, el grado de peligrosidad; todas estos presupuestos contribuyen a justificar la legitimidad de la medida privativa de la libertad. Finalmente, **iii)** **¿Constituye la privación de libertad, una medida proporcional para asegurar el derecho del ofendido al normal desenvolvimiento del proceso y la consecuente inmediación del procesado a juicio?** El delito por el que se llama a juicio al recurrente es de aquellos en contra de la propiedad, específicamente por abuso de confianza, que por las evidencias a las que se hace referencia en el proceso penal, se ha encontrado indicios de responsabilidad del procesado. Esta clase de delitos en contra de la propiedad tienen una pena menor a otros de los calificados por ejemplo, en contra de la vida, la integridad, o de los cometidos en contra del Estado; es decir, es eminentemente patrimonial y que puede ser asegurado, como bien lo ha hecho el Juez Décimo de Garantías Penales al dictar medida real de prohibición de enajenación de bienes, u otras semejantes que impida al procesado salir del país, su presentación periódica ante la autoridad, o las demás previstas en la norma legal. **4. RESOLUCIÓN. 4.1** Bajo estas consideraciones, esta Sala, afirma en forma categó-

rica, la necesidad de que el juzgador de garantías penales de la jurisdicción proveniente, busque y dicte la medida correcta y adecuada al caso, sea real o personal, pertinente y conforme los argumentos del presente fallo, a efectos de cumplir con la finalidad de las medidas cautelares, puesto que no podría este Tribunal –como pretende el accionante–, invadir la independencia, autonomía, y competencia del Juez penal para dictar la medida correspondiente, sabiendo perfectamente que aquél, dispone de todas las herramientas constitucionales y legales para hacer cumplir el debido proceso, y cuenta adicionalmente con el respaldo que le da el presente fallo, a efectos de buscar una medida acorde a los parámetros analizados. **4.2** Precisa este Tribunal, que la actividad racional y razonable que todo juzgador debe emplear en la resolución de un caso puesto a su conocimiento, demanda por su puesto un esfuerzo de aquél, en tratándose del caso particular, buscar otra medida menos gravosa, para no dictar la medida que le es más fácil disponer. Es una labor ineludible de todo fallador, esforzar su actividad racional y práctica, lógica, jurídica y de conocimiento, para actuar como un verdadero “*Juez Constitucional*”; que, más que una mera denominación, constituye un altísimo deber y compromiso con la Constitución y la sociedad ecuatoriana. **5. DECISIÓN O SENTENCIA.** Con estas consideraciones, la Sala Única de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** revoca la sentencia venida en grado dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia del Guayas, el 15 de julio de 2013; las 11h28; por considerar que, en el estado específico en el que se halla el proceso penal, no amerita mantener al accionante privado de su libertad, consecuentemente su derecho está siendo vulnerado; por lo que, se dispone la libertad del señor abogado Jorge Iván Villavicencio Otañez; libertad que se hará efectiva al mismo tiempo que el Juez de Garantías Penales que está en conocimiento de la causa, dicte y aplique otras medidas de carácter real o personal acordes a la condición y situación del procesado; y que, a la vez garanticen su comparecencia a juicio y el derecho de la presunta víctima, para lo cual se dispone, ejecutoriada esta sentencia, la inmediata devolución del proceso constitucional y del expediente penal a los Jueces de origen, a efectos de dar cumplimiento con lo ordenado por este Tribunal sin dilaciones. Copia certificada de la presente, remítase a la Corte Constitucional para los efectos previstos en el art. 86.5 de la Constitución de la República. Actúe la doctora Wilma Guaipatín Garzón, en calidad de Secretaria Relatora encargada, de conformidad con el oficio Nro. 191-2013-SEFNA-CNJ de 13 de mayo de 2013. **Notifíquese y devuélvase** con el ejecutorial.

¹³ Ver fallo de Tercera Sala de lo Penal, Colusorios y Tránsito del Guayas, del primer cuerpo del cuaderno de segunda instancia fojas 50-52.

f) **Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, Dr. Francisco Iturralde Albán, Conjuez Nacional.**

VOTO SALVADO

Doctor: Francisco Iturralde Albán.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, a 07 de agosto de 2013. Las 16h24.

VISTOS: (JUICIO Nro. 122-2013). Actúan la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y la Dra. María Rosa Merchán Larrea, en virtud de haber sido debidamente designadas por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución Nro. 04-2012 de 25 de enero de 2012, en su calidad de Juezas Nacionales y por Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Nro. 03-2013 de 22 de julio de 2013, integran la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. Actúa el señor doctor Francisco Iturralde Albán, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia de la señora doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza integrante de esta Sala Especializada, en virtud del oficio Nro. 1505-SG-CNJ-IJ de 25 de julio de 2013. En razón del acta de sorteo de 29 de julio de 2013, a las 14h57, que obra del proceso, viene a conocimiento del Tribunal la presente apelación del recurso de Habeas Corpus; apelación de la que avoca conocimiento la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, el 1 de agosto de 2013. Conforme aparece de la razón sentada a fs. 9 del expediente el día 6 de agosto se realizó audiencia en estrados en la presente causa, a partir de las 09h30, ante las señoras Juezas de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Dra. María Rosa Merchán Larrea; y, del señor Dr. Francisco Iturralde Albán, Conjuez Nacional, en subrogación de la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional. En lo principal, el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez, manifestando su inconformidad con la resolución expedida el 15 de julio de 2013, a las 15h33, por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que declaró sin lugar la acción constitucional de Habeas Corpus, presentada por el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez; en tiempo oportuno dedujo recurso de apelación, subiendo por ello la causa a análisis y decisión de esta Sala, y para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El art. 169 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral primero establece dentro de las competencias de la Corte Nacional de Justicia: “Conocer y resolver los recursos de apelación de las acciones de Habeas Corpus resueltos por las cortes provinciales, en los términos establecidos en la ley”; y, la Resolución Generalmente Obligatoria dictada por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el R.O. Nro. 565 de 7 de abril de 2009, señala: “los recursos de apelación que se interpon-

gan en contra de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Provinciales, dentro de los recursos de habeas corpus propuestos de conformidad con el último inciso del artículo 89 de la Constitución de la República, serán conocidos, previo sorteo, por cualquiera de las Salas que conformen la Corte Nacional de Justicia”. En la especie, de conformidad con las disposiciones citadas, el conocimiento y resolución de la presente acción, correspondió a la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante el sorteo indicado anteriormente. **SEGUNDO:** No existe omisión de solemnidad sustancial alguna en el presente trámite, razón por la cual el proceso es válido y así se lo declara. **TERCERO:** En la acción de Habeas Corpus, manifiesta el Dr. Jorge Iván Villavicencio Otañez que: “Desde el 06 de mayo del 2013, me encuentro retenido, en mi despacho profesional, cuya dirección consta en el numeral 2 de este escrito en cumplimiento del arresto domiciliario con vigilancia policial dispuesto por la Tercera Sala de lo Penal Y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que al resolver el recurso de nulidad que interpuso, en base de una petición subsidiaria, sustituyó la prisión preventiva dictada en forma inmotivada y desproporcionada, por el Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, dentro del proceso penal Nro. 153-2012;...”; continúa manifestando en su recurso de Habeas Corpus el recurrente que: “En el mes de abril del 2005 fui contactado por un grupo de ex trabajadores de la Cemento Nacional, hoy HOLL-CIM, con el objeto de que presté mis servicios profesionales para conseguir el pago de las utilidades generadas por la mencionada empresa cementera y sus empresas vinculadas en los años 1999 al 2003; es así que por tratarse de un caso que estaba dentro del ámbito de mi experiencia en mi ejercicio profesional, decidí aceptar prestar mis servicios profesionales, acordando con quienes en ese entonces fungían como dirigentes y con las bases que el monto de mis honorarios serían fijados una vez que la compañía demandada consigne el dinero de utilidades ante las autoridades del trabajo, teniendo como referencia el equivalente al diez por ciento del monto de las utilidades que cada miembro del grupo de ex trabajadores recibiera”; indica también que: “en una de las Asambleas de la organización de ex trabajadores que se encontraba en formación, a la que fui invitado para explicar a los interesados sobre su derecho al cobro de las utilidades y elaborar las estrategias a seguir, conocí a IRLANDO BARROS VÉLIZ, novel abogado que tengo entendido asesoraba a uno que otro ex trabajador que también formaban parte de la organización en formación, que por recomendación del compareciente fue denominada ‘Trabajadores de la Compañía ‘La Cemento Nacional’, hoy ‘Holcim Ecuador S.A.’; es así que el mencionado neófito abogado me solicitó que quería colaborar con la causa y aprender de mi experiencia, según su decir, sin que en modo alguno yo haya acordado compartir mis honorarios, ni verbalmente peor por escrito, como les consta a la mayoría de miembros de la mencionada organización de ex trabajadores. Entiendo que este abogado habría tenido un convenio adicional de honorarios con las personas que le habían solicitado su participación o con quienes le contrataron individualmente, para seguir sus causas laborales

individuales en la vía judicial...”; señala además que para su sorpresa “el mencionado abogado Barros, sin mediar previamente petición o requerimiento extrajudicial alguno sobre los supuestos honorarios a repartibles (**sic**), con fecha 10 de septiembre del 2010 ha presentado una denuncia en mi contra por el **supuesto delito de abuso de confianza**, fundándose en un inexistente acuerdo de partición de honorarios con el compareciente, que según él consistía en repartirnos el cincuenta por ciento a cada uno y reclamando la astronómica suma de 450.000,00 dólares, suma que solo estaba en su imaginación, ya que en ningún caso tiene derecho real y peor moral a recibir un solo centavo de mi parte, puesto que, repito, en ningún momento yo contraté con él, ya sea por escrito o verbalmente; es decir, se pretende cobrar una supuesta obligación económica por la vía penal, creando artificioosamente el injusto del supuesto abuso de confianza”. Señala también que se ha producido ilegalidad del proceso y de la medida cautelar de carácter personal dictada en su contra por tratarse de un asunto civil; ya que: “Al no existir un contrato o convenio escrito para establecer jurídicamente la obligación que el sujeto activo (procesado) tenía con el sujeto pasivo de restituírle o hacer un uso determinado del dinero recibido como pago de sus honorarios, tal como lo formulamos en la audiencia de formulación de cargos; de la simple lectura de la denuncia se colige que los hechos relatados en la denuncia y la pretensión misma del falso denunciante **no interesan y competen al derecho penal**, sino en el mejor de los casos tendrán connotación civil o laboral; ya que se pretende en ese proceso que la justicia penal declare la existencia de un contrato y/o convenio verbal entre el denunciante y el procesado, o que se reconozca la validez de un seudo y forjado contrato suscrito entre el denunciante y el señor RAPHAEEL PEÑA MUÑOZ, primer procurador común de la Asamblea de ex Trabajadores de Holcim...”; indicando además que: “una reclamación que en el mejor de los casos debería seguirse en el ámbito civil o laboral, de manera fraudulenta se la ha planteado como una infracción penal, pretendiendo utilizar a la justicia penal como arma de extorsión para presionar al denunciado a ofrecer un “arreglo” y obtener réditos económicos; violando flagrantemente la garantía básica al debido proceso prevista en lo dispuesto en la **parte final del numeral 3 del art. 76 de la CRE, que determina que “... solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”**, que es parte del principio de legalidad y guarda estrecha relación con el principio de mínima intervención penal previsto en el art. 195 de la CRE y en el art. 5.4 del CPP, que necesariamente deben observarse para precautar el derecho a la seguridad jurídica...”, “Normas y principios constitucionales que en este caso no se han respetado por parte de la Fiscalía, el Décimo de Garantías Penales del Guayas y la tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, ya que tratándose como se trata de una reclamación de un porcentaje de honorarios, el falso denunciante, si se creía asistido de ese derecho, debió presentar su reclamación en contra de los miembros de la Asamblea de ex Trabajadores de Holcim, que hayan contratado sus servicios, utilizando el procedimiento establecido en los

arts. 41 y 42 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, o del procedimiento previsto en el art. 847 del CPC...”; el recurrente señala también que: “Por otro lado, pero que tiene que ver con la legalidad de la orden de privación de la libertad dictada en mi contra, es la inexistencia del elemento subjetivo esencial en este tipo infracciones, (**sic**) cual es el dolo; que en la especie y para el abuso de confianza requiere que el sujeto activo tenga la conciencia y voluntad de que su actuar es ilegítimo, ya porque conozca que los bienes son de propiedad ajena o que deben ser entregados a alguien o que deben restituirse o hacer uso determinado de ellos...”; por otro lado señala que: “Es tan ilegal, el referido proceso, que ni en la denuncia, no en la providencia de inicio de la indagación previa, ni en la resolución oral de formulación de cargos, ni en la acusación particular, ni en ninguna parte del proceso se ha cumplido con lo previsto en los arts. 50 inciso primero, 55 numeral 4, 215 y 217 numeral 1 del CPP; ya que no se ha cumplido con un requisito esencial para la existencia de la infracción penal, cual es la DETERMINACIÓN DE LA FECHA, DÍA Y HORA APROXIMADA DEL COMETIMIENTO DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN...”; Por otro lado señala que: “Otra violación grave al debido proceso que constituye una ilegalidad sin nombre, es que en ninguna parte del proceso se encuentra **la determinación del monto exacto del supuesto perjuicio económico**, tanto es esto verdad, **QUE NI SIQUIERA SE HA REALIZADO UNA SIMPLE PERICIA CONTABLE, DONDE SE DETERMINE EL MONTO DE LA SUPUESTA APROPIACIÓN DEL DINERO** al que tendría derecho el falso acusador...”. El recurrente señala que se han producido actos lesivos y causas de ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad de su privación de la libertad, ya que; “El Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, sin motivación alguna, en el auto resolutorio, dictó la prisión preventiva en mi contra, sin considerar que no se cumplen todos los presupuestos indispensables para dictarla, previstos en los numerales 4 y 5 del art. 167 del CPP, que determinan que deben existir: “4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.”; señalando que él se ha presentado voluntariamente al juicio y ha comparecido a todos los llamados de la Fiscalía y de los Jueces, por lo que es evidente que no era necesaria ninguna medida privativa de la libertad para asegurar su comparecencia, y que cabe la aplicación del criterio restrictivo y excepcional contemplado en el art. 159 del CPP, que concuerda con el numeral 11 del art. 77 de la CRE, y que además el inciso quinto del art. 171 del CPP, le impone al Juez aplicar un criterio restrictivo para la adopción de la medida; señalando además, que deben respetarse la dignidad humana, los derechos humanos y el principio de presunción de inocencia. Señala también que se ha dispuesto una medida cautelar de carácter personal de privación de la libertad en su contra, que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, como es su arresto domiciliario en su propio despacho profesional, sometiénolo al escarnio público entre

clientes y colegas; en condiciones no adecuadas, pero la necesidad de mantenerse en contacto con sus clientes y coordinar su propia defensa por las características de la acusación, ha adaptado su despacho profesional a fin de que le preste condiciones mínimas requeridas, con la firme convicción de su inocencia; y por último solicita en esta acción constitucional de Habeas Corpus, que se ordene su inmediata libertad, dejando sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva que ha sido sustituida por arresto domiciliario en su despacho profesional, o se adopte la medida alternativa de presentación periódica, hasta que se resuelva su situación jurídica.

CUARTO: Relatados los indicados antecedentes, es preciso anotar que de conformidad con el art. 89 de la Constitución de la República, “*La acción de Habeas Corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quién se encuentre privado de ella en forma arbitraria, ilegal e ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad*”; en consecuencia, el propósito que persigue esta institución jurídica es tutelar el derecho fundamental de todo ser humano a la libertad, cuando este ha sido vulnerado y se ha producido un arresto o detención que sea ilegal, arbitrario o ilegítimo. De conformidad con el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “*la acción de Habeas Corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos de la persona privada o restringida de la libertad, por autoridad pública o por cualquier persona...*”; norma que guarda armonía, con el numeral 2 del art. 45 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que prescribe, que si hubiere una privación ilegítima o arbitraria de la libertad, el Juez está en la obligación de declarar el derecho, disponer la inmediata libertad y la reparación integral; anotando que la privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: “*a). Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia; b). Cuando no se exhiba la orden de privación de la libertad; c). Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales; d). Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad; y, e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad*”. En la especie, no se ha demostrado que se hayan producido los presupuestos del numeral 2 del art. 45 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y en consecuencia no se ha justificado que exista una privación arbitraria o ilegítima de la libertad. En razón de lo expuesto y de que, en el presente caso, no se reúnen los presupuestos del numeral 2, del art. 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, esta Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores 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**, confirma en todas sus partes la resolución dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de

Justicia del Guayas. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5, del art. 86 de la Constitución de la República, una vez ejecutoriada esta resolución, remítase copia certificada de la misma a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia. Agréguese al expediente copia del oficio Nro. 1505-SG-CNJ-IJ de 25 de julio de 2013, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese y devuélvase. Actúe la Dra. Wilma Guaipatín Garzón, en calidad de Secretaria Relatora (E) de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el oficio Nro. 191-2013-SEFNA-CNJ de 13 de mayo de 2013. **Notifíquese y devuélvase** con el ejecutorial.

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, Dr. Francisco Iturralde Albán, Conjuez Nacional.

VI

Juicio nro. 139-2013

Resolución nro. 128-2013

Hábeas Corpus interpuesto por el señor William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete en contra del Presidente del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, dentro del juicio penal por tentativa de robo propuesto en su contra.

SÍNTESIS:

De conformidad con el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, reitera que el hábeas corpus no se restringe a proteger la libertad ambulatoria, sino se convierte en un instrumento integral de protección de los derechos constitucionales de libertad e integridad personal, según lo establecen los arts. 66, numeral 3 literales a) y c); 66 numeral 29 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual, acepta el recurso incoado y ordena la excarcelación de los recurrentes.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Orlando Delgado.

PRIMERA SALA DE LA PENAL Y DE TRÁNSITO.

Portoviejo, jueves 15 de agosto del 2013. Las 12h37.

VISTOS: El señor doctor Arturo G. Mera Intriago comparece y manifiesta que William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete, se encuentran detenidos en el Centro de Personas Privadas de la Libertad El Rodeo, desde el 12 de agosto del año 2011, hasta la presente fecha, en razón de habérselos procesado en la causa penal

120-2011 que se sustanció en el Juzgado Décimo Primero de Garantías Penales, sede en Manta, por tentativa de robo, una vez que el señor juez, dictó auto de llamamiento a juicio, se remitieron los autos al Sexto Tribunal Penal, quienes luego de la audiencia de juzgamiento, dictaron una sentencia condenatoria en sus contras por el delito de robo calificado, imponiéndoles una pena de seis años de reclusión menor ordinaria, interpuesto los recursos de nulidad y de apelación ante la Corte Provincial de Justicia, se radicó la competencia en la Segunda Sala de lo Penal y de Tránsito, quienes una vez sustanciada esta fase de impugnación, procedieron a confirmar la sentencia, modificando la pena de seis años de reclusión, a la pena de dos años de reclusión correccional, de esta última sentencia William Ramón Alcívar Vélez procedió a interponer recurso de casación, ante la Corte Nacional de Justicia, así como la Acción Extraordinaria de Protección, de la negativa del auto de nulidad, ante la Corte Constitucional, agrega que la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia, fue notificada a los miembros del Tribunal Sexto de Garantías Penales, es decir, sostienen que dichos magistrados, conocen de la mentada resolución. Por otra parte, los accionantes dicen que el día lunes 12 de agosto del año 2013, han cumplido la pena impuesta por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, por lo que han procedido a solicitar su excarcelación conforme lo consagra el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, manifiestan que el señor Presidente del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, se niega a ponerlos en libertad, aduciendo que es la Sala a quien le corresponde girar la correspondiente boleta constitucional de excarcelación, lo cual constituye un acto totalmente ilegal y arbitrario, vulnerando derechos fundamentales consagrados tanto en la Carta Fundamental como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del cual nuestro país es signatario, por lo tanto ante esta negativa del Juez comparecen mediante esta acción de hábeas corpus y solicitan sean puestos en inmediata libertad, en vista de que han cumplido la pena impuesta. Se señaló día y hora a efecto de que los accionantes, fundamenten su acción y que el señor juez, emita su correspondiente informe; y, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** A la presente acción de hábeas corpus se la ha dado el trámite previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las garantías constitucionales en especial, las del debido proceso, los recurrentes en todo momento tuvieron la asistencia de un defensor particular, no han estado en indefensión, por lo que declaramos su validez; **SEGUNDO:** El artículo 89 de nuestra Constitución señala que la acción de hábeas corpus, tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como también para proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad; **TERCERO:** De las exposiciones efectuadas en la audiencia,

se establece con claridad que los accionantes han presentado una solicitud en el Sexto Tribunal Penal de Manabí, sede en Manta, para que se los ponga en libertad, por cuanto han cumplido la pena reformada dada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, que dicha petición está en trámite, y que no es verdad como lo sostienen los peticionarios de que “el señor Presidente del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, con sede en la ciudad de Manta, se niega a ponerlos en libertad aduciendo que es la Sala a quien le corresponde girar la correspondiente boleta constitucional de excarcelación...” Es decir, no se conoce cuál sea la decisión a la que arriben los miembros del indicado Tribunal Penal, no se ha negado la petición de los accionantes, por el contrario recalamos que de la intervención del señor Presidente del antes indicado Tribunal, existe una petición de libertad hecha en fecha 12 de agosto del año 2013 y para proveer dicho escrito, hay necesidad de que se den ciertos procedimientos, por ello es que no se ha atendido aún, dicha solicitud, por lo tanto no existe negativa de manera expresa a la petición de libertad, como sostienen los accionantes. Por lo expuesto, resulta improcedente acudir a la acción constitucional de habeas corpus, cuando previamente se ha presentado una petición de libertad al órgano correspondiente, la misma que no ha sido atendida mucho menos negada, de ahí que la intervención del juez constitucional, solo debe admitirse para corregir la ilegalidad de la prisión preventiva, en este caso, por el cumplimiento de la pena, somos del criterio que deben los accionantes, esperar la resolución del Tribunal Penal, para luego establecer o inferir si existe o no la vulneración del derecho a la libertad, por todo lo expuesto, esta Primera Sala Especializada de lo Penal y de Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha la petición solicitada, esto es se niega la acción de hábeas corpus solicitada por los ciudadanos recurrentes. **Notifíquese.**

f.) **Dr. José Agustín Zamora Zambrano, Abg. Franklin Cuenca Loo, Dr. Orlando Delgado Párraga, Jueces.**

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Ab. Franklin Cuenca Loo.

PRIMERA SALA DE LO PENAL Y DE TRÁNSITO.

Portoviejo, jueves 15 de agosto de 2013. Las 12h37.

VISTOS: En el salón de audiencias de esta Sala a los 14 días del mes de agosto del año 2013, a las 10h40 se dio inicio a la Audiencia Pública, Oral y Contradictoria en la que los accionantes William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Aristides Basurto Navarrete, por intermedio de su defensor Dr. Arturo Mera Intriago, fundamentaron la acción de hábeas corpus que presentaron en contra de los miembros del Sexto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, Jueces a quienes les habían solicitado se les otorgue su libertad en virtud de haber cumplido la condena de dos años de prisión correccional que

les impuso la Segunda Sala de Garantías Penales de Manabí. Cabe resumir que los requirentes fueron detenidos por el delito que se les condenó el 12 de agosto del año 2013, y sentenciados por el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Manta, a seis años de reclusión la misma que en recurso de apelación fue modificada por la de dos años de prisión; que se justifica con la certificación expedida por el abogado Eker García Guerrero, servidor público del CRS, el Rodeo. En la audiencia que tratamos el señor presidente del Tribunal accionado en su informe expresó que si bien es cierto existe una petición de libertad de los pretendientes, no es menos cierto que esta solicitud aún no ha sido proveída y que por lo tanto no es procedente la presente acción de hábeas corpus. Después de nuestra deliberación con voto de mayoría se resolvió rechazar la acción constitucional, pero el suscrito es del criterio que a la fecha la privación de libertad ambulatoria de los accionantes, ya es ilegítima, por ese motivo me aparté del sentir de la mayoría y al efecto hago la siguiente ponencia: dispone el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal: “Cuando hallándose el proceso ante un juez superior, por haberse interpuesto algún recurso, venciere el tiempo de la pena impuesta, el juez inferior ordenará que se excarcele al correspondiente penado, en cuanto hubiese cumplido la condena, con la obligación de presentarse, una vez por semana, ante el juez, si fuere posible, o ante la autoridad de policía que él señale, hasta que el Superior devuelva la causa”. Cuando se ha perdido la libertad de locomoción a causa de una sentencia condenatoria y se ha cumplido hasta el último día la represión estatal, todo exceso de tiempo que exceda del de la condena es ilegítimo, a pesar que el Tribunal accionado, no se ha pronunciado sobre la petición de los condenados, es una realidad no contradicha por el mencionado órgano de administración de justicia; que los reclamantes de sus garantías jurisdiccionales ya cumplieron la condena que se les impuso, por lo tanto deben de recobrar su libertad inmediatamente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11, nro. 3 y 5 de la misma Carta Suprema, en concordancia con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en el caso que se resuelve el Tribunal demandado constitucionalmente, a través de su presidente en el informe presentado a esta Sala, no desmiente el cumplimiento de la pena, y al momento de esta resolución los accionantes, ya están ilegítimamente encarcelados, pagando una condena que no les ha sido impuesta, siendo así se vulnera la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la ya nombrada Constitución de la República, consecuentemente la privación de libertad que sufren los accionantes se convierte en ilegítima, y no es necesario que les devuelva la misma el Tribunal sentenciante, si se pudo a través de la presente acción tutelar efectivamente los derechos de los reclamantes en vía Constitucional. En mérito a lo expuesto este Juezador **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, admite la acción de hábeas corpus

presentada y dispone la inmediata libertad de los accionantes William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete, hasta que se resuelva el recurso de casación, tienen la obligación de presentarse los viernes de cada semana ante el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, en el horario que se fije en esa Judicatura. De conformidad con lo dispuesto en el número 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, remítase las copias pertinentes a la Corte Constitucional. **Notifíquese.**

f.) **Dr. José Agustín Zamora Zambrano, Abg. Franklin Cuenca Loo, Dr. Orlando Delgado Párraga, Jueces.**

RECURSO DE APELACIÓN

Juicio nro. 139-2013

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito a, 30 de agosto de 2013. Las 09h40.

VISTOS: Actúan las doctoras Rocío Salgado Carpio, María Rosa Merchán Larrea y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Juezas de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que fueran designadas por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución nro. 04-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución nro. 03-2013 de 22 de julio de 2013. En razón del acta de sorteo, de 27 de agosto de 2013, que obra del proceso, viene a conocimiento de este Tribunal, la presente apelación del recurso de hábeas corpus, interpuesto por William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete, por considerar que se encuentran privados de su libertad, arbitraria e ilegítimamente. El recurso de apelación interpuesto el 20 de agosto de 2013, fojas 55 y 56 del expediente, impugna la sentencia de mayoría dictada por la Primera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, expedida el 15 de agosto de 2013, las 12h37 (fs. 52), que rechaza y niega la acción de hábeas corpus. **PRIMERO:** Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto dentro de la presente acción constitucional de hábeas corpus, en virtud de: **1.1.** Las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales de la Constitución de la República del Ecuador, en las que se advierte la voluntad del legislador de garantizar el doble conforme, dos instancias, para las acciones previstas en este capítulo, así lo dispone el art. 86, numeral 3, inciso 2: “*Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial...*”. **1.2.** Sin embargo, el legislador no ha definido el órgano jurisdiccional ante el que se debe apelar, en el evento que se niegue la acción de hábeas corpus, para los casos previstos en el art. 89, inciso final de la Constitución: “Cuanto la orden de privación de libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso

se interpondrá ante la corte provincial de justicia”. **1.3.** La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el capítulo IV, trata la acción de hábeas corpus, en los artículos 43, 44, 45 y 46; y, concretamente en el artículo 44, numeral cuatro, se refiere al recurso de apelación, que se viabilizará en acuerdo a las normas comunes de las garantías jurisdiccionales, art. 24 que habla del recurso de apelación respecto de las acciones previstas en el art. 6, inciso tercero de la Ley Orgánica citada. **1.4.** La Resolución adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 19 de marzo de 2009, publicada en el Registro Oficial nro. 565 de 07 de abril de 2009, establece que los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Provinciales, dentro de los recursos de hábeas corpus propuestos de conformidad con el último inciso del art. 89 de la Constitución de la República, serán conocidos previo sorteo, por cualquiera de las Salas que conforman la Corte Nacional de Justicia. **SEGUNDO:** No existe omisión de solemnidad sustancial alguna en el presente trámite, razón por la cual el proceso es válido y así se lo declara. **TERCERO:** Asegurada la competencia, corresponde a este Tribunal, determinar si la decisión de la Primera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, se enmarca en la Constitución, la Ley, y el respeto al debido proceso, al rechazar el recurso de hábeas corpus propuesto por William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete; para ello, se considera: **3.1.** Los recurrentes, al deducir su recurso de apelación, argumentan: *“el señor Presidente del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, fue enfático en señalar que los recurrentes habíamos cumplido la pena, lo cual se deducía, no solo de las sentencias que les fue notificada por parte de la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, sino también de la razón actuarial que había sentado en autos la señora secretaria del Tribunal, así como de las diversas certificaciones que habíamos presentado, de la cual se colegia (sic) que la pena impuesta de DOS AÑOS DE PRISIÓN, la habíamos cumplido el día lunes 12 de agosto del 2013...” (sic)*, añaden que el Presidente del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí: *“fue enfático en señalar que a quien le correspondía disponer la libertad era a la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Manabí y no al Tribunal...”*, sostiene que no existe norma constitucional o legal que señale: *“que se debe esperar que el Tribunal despachara nuestra petición para que ustedes señores Jueces, se pronuncien sobre la ilegalidad de nuestras detenciones ... (por el contrario) demuestra la arbitrariedad del operador de Justicia, ya que una vez cumplida la pena, una persona no puede mantenerse un solo minuto más en prisión...” (sic)* **3.2.** De los recaudos procesales se constata: **3.2.1.** El acta de audiencia de hábeas corpus, de fecha 14 de agosto de 2013, (fs. 49/51), en ésta, el Presidente del Sexto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, como accionado, manifiesta: *“De acuerdo a la información y a la remisión de los expedientes efectivamente los Señores Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia en resolución de la*

apelación resolvieron confirmar la sentencia dispuesta por este Tribunal pero modificaron la pena a 2 años de prisión, a esa sentencia se le ha interpuesto recurso de casación por parte de la acusación particular y por parte de uno de los acusados en este caso...”; a la pregunta, de si en Secretaría está sentada la razón respecto al tiempo transcurrido de la privación de la libertad de los accionantes, responde: *“La razón de la secretaria está asentada el día de hoy 14 de agosto, en la que dice entre otras cosas que los ciudadanos ya mencionados están detenidos en esta causa por robo desde el 13 de agosto del 2013 (sic), en base a la boleta girada por el Juzgado Décimo Octavo de Garantías Penales de Manabí, habiendo sido sentenciado por el Tribunal en 6 años de reclusión menor luego pasa a la segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí y resuelve poner la pena de 2 años de reclusión correccional...” (sic)*, y al pedido de información respecto del cumplimiento de la pena dispuesta por la Segunda Sala de lo Penal, responde: *“El tiempo de acuerdo a la secretaria se cumplió ayer martes 13 de agosto”*. **3.2.2.** Consta, además en el expediente (fs. 47 y 48), certificaciones emitidas por el Ab. Eker C. García Guerrero, servidor público del CRS El Rodeo, que dan cuenta que revisados los archivos los accionantes: William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete, pierden *“la libertad el 12 de agosto del 2011 y con fecha 15 de agosto del 2011”* ingresan al Centro de Privación de Libertad personas adultas en conflicto con la ley *“El Rodeo”*, señalando que los prenombrados, tienen *“devengado en este Centro, 2 años”*. **3.2.3.** A fojas 52, se encuentra la sentencia de mayoría, de la que se recurre, que fue dictada por la Primera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en la que señala que la solicitud presentada por los accionantes ante el Sexto Tribunal Penal de Manabí, para que se los ponga en libertad, por haber cumplido su pena, *“está en trámite...Es decir no se conoce cuál sea la decisión a la que arriben los miembros del indicado Tribunal Penal, no se ha negado la petición de los accionantes, por el contrario...existe una petición de libertad hecha en fecha 12 de agosto del año 2013 y para proveer dicho escrito, hay necesidad de que se den ciertos procedimientos, por ello es que no se ha atendido aún, dicha solicitud, por lo tanto no existe negativa de manera expresa a la petición de libertad...Por lo expuesto, resulta improcedente acudir a la acción constitucional de hábeas corpus, cuando previamente se ha presentado una petición de libertad al órgano correspondiente, la misma que no ha sido atendida mucho menos negada...somos del criterio que deben los accionantes, esperar la resolución del tribunal penal, para luego establecer o inferir si existe o no la vulneración del derecho a la libertad...”*. **CUARTO:** Con estos antecedentes, es preciso anotar que: **4.1.** De conformidad con el art. 89 de la Constitución de la República, *“La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quién se encuentre privado de ella en forma arbitraria, ilegal e ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad”*; consecuentemente, el propósito de esta institución jurídica es tutelar el derecho fundamental de libertad, cuando éste ha

sido vulnerado y se ha producido un arresto o detención que sea ilegal, arbitrario o ilegítimo. Según el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “la acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos de la persona privada o restringida de la libertad, por autoridad pública o por cualquier persona...”; norma que guarda armonía, con el numeral 2 del art. 45 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que impone al Juez/a la obligación de declarar el derecho, disponer la inmediata libertad y la reparación integral en los casos de privación ilegítima o arbitraria. **4.2.** Este Tribunal subraya que, en un estado constitucional de derechos y justicia, como el que nos rige, los jueces/as son garantes de los derechos constitucionales, y las garantías jurisdiccionales se convierten en mecanismos de tutela y materialización de esos derechos, por tanto, los procesos de protección deberán cumplir con la exigencia de agilidad y formalidades mínimas, sobre la base de la oralidad procesal, conforme lo ha manifestado en su oportunidad la Corte Constitucional para el periodo de transición en la sentencia nro. 056-11-SEP-CC. Caso nro. 0529-11-EP: “...que las garantías jurisdiccionales han sido establecidas por nuestra Constitución con el objeto de lograr una protección efectiva y cierta de los derechos presuntamente violados o amenazados, por cualquier persona, sin distinción de su edad, origen, raza, nivel económico, condición social o profesional y, por su puesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas ni siguiera un escrito, por cuanto puede ser verbal y para lo cual se explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo, por la facultad que tienen los órganos de la función judicial, respecto a competencias judiciales especiales, cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la carta...”. **QUINTO:** En la especie, luego de revisadas las constancias procesales, detalladas arriba, este Tribunal, determina que la privación de la libertad de los accionantes es ilegal e ilegítima, pues, se ha ignorado la razón de que la pena de dos años de prisión, ha sido cumplida. Aclara, este Tribunal, que el cumplimiento de la pena comienza a contarse desde el momento mismo de su detención, es decir en este caso desde el 12 de agosto de 2011, por tanto, al estar pendientes recursos interpuestos, debía procederse de conformidad con lo prescrito en el art. 329 del Código de Procedimiento Penal, que establece: “Excarcelación. Cuando hallándose el proceso ante un juez de garantías penales superior, por haberse interpuesto algún recurso, venciere el tiempo de la pena impuesta, el juez de garantías penales inferior ordenará que se excarcele al correspondiente penado, en cuanto hubiese cumplido la condena, con la obligación de presentarse, una vez por semana, ante el juez de garantías penales, si fuere posible, o ante la autoridad de policía que él señale, hasta que el Superior devuelva la causa. La autoridad de policía designada será advertida en la correspondiente comunicación de este deber del excarcelado y tal autoridad fijará día y hora de la presentación”. En este sentido, se reitera que el hábeas corpus no se restringe a proteger la libertad ambulatoria, sino se

convierte en un instrumento integral de protección de los derechos constitucionales de libertad e integridad personal, según lo establecen los arts. 66, numeral 3 literales a) y c); 66 numeral 29 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador, y a través del proceso se busca que estos derechos sean tutelados a la brevedad posible, en el entendido que “justicia que tarda no es justicia” (Seneca), por lo que los “ciertos procedimientos” que alude la Sala accionada, y que no señala cuáles son, dejan explícita la arbitrariedad, no solo por atentar a la celeridad y formalidades mínimas que requiere este tipo de procesos, sino por estar prohibida la imposición de condicionamientos ilegítimos, no adecuados que coarten el ejercicio al derecho constitucional de libertad. Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve declarar con lugar la apelación a la acción de hábeas corpus presentada por William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete, disponiendo su libertad inmediata, dentro del juicio por robo nro. 13122-2012-0576, para lo cual deberá girarse la debida boleta de excarcelación y hasta que se resuelva el recurso de casación, se dispone que los ciudadanos William Ramón Alcívar Vélez y Darwin Arístides Basurto Navarrete se presenten los días viernes de cada semana ante el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Manabí, en horas hábiles. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5, del art. 86 de la Constitución de la República, una vez ejecutoriada esta resolución, remítase copia certificada de la misma a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia. Por renuncia de la Secretaria Relatora encargada, Dra. Wilma Guaipatín Garzón, actúe la Ab. María Peralta Sánchez, en calidad de Secretaria ad-hoc. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional. Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional. Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional.**

VII

Juicio nro. 046-2013
Resolución nro. 136-2013

Juicio especial por alimentos propuesto por Fausto Vicente Quinde Viscaíno en contra de José Antonio Quinde Lata.

SÍNTESIS:

La Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, rechaza el recurso incoado contra la sentencia que rechaza la demanda, por cuanto, analizado el fallo, bajo el marco normativo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y sobre la base de las particularidades específicas del caso sub

judice, se debe relacionar inescindiblemente el derecho de alimentos de una persona discapacitada de cualquier edad, al grado de severidad de ella, que le impida o dificulte procurarse sus propios medios para subsistir. En autos se halla debidamente demostrado que el accionante no se encuentra en la figura o situación que precautela la norma.

PRIMERA INSTANCIA

Proceso Nro. 1183-2011

JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CUENCA. Cuenca, 19 de noviembre de 2012. Las 08h00.

VISTOS: Encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO:** El presente juicio llegó a conocimiento de este Juzgado por el sorteo electrónico de causas. **SEGUNDO:** En la sustanciación de la causa se han respetado las normas del debido proceso, observando los principios de concentración, intermediación, oralidad y contradicción, bajo el procedimiento señalado en el Libro II, Título V, Capítulo II del Código de la Niñez y Adolescencia; sin que exista vicio que ocasione nulidad alguna, ni omisión de solemnidad sustancial, por lo que expresamente se declara la validez del proceso. **TERCERO:** Los principios y normas que rigen en materia de alimentos, se encuentran determinados en los arts. 44 y 69 de la Constitución de la República. Se tenderá a que el principio del interés superior del niño y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. De la misma manera el art. innumerado 2 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, el art. innumerado 5 de la misma Ley Reformatoria, determina las personas que se encuentran obligadas a la prestación de alimentos: “los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad”. El art. 9 del mismo Código en concordancia con el art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República, señala como responsabilidades de los padres “asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten”. Según el artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, son titulares del Derecho de Alimentos 3: “Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”. **CUARTO:** A fs. 4 y 5 de los autos comparece FAUSTO VICENTE QUINDE VISCAÍNO, presenta la documentación constante en fs. de 1 a 3 de los autos, y demanda a JOSÉ ANTONIO QUINDE LATA, el pago de una pensión alimenticia mensual en la suma de 700 dólares mensuales y

expone que conforme el carné del CONADIS padece de discapacidad auditiva en un 70%, que le impide procurarse los medios para subsistir por sí mismo, por lo que solicita la fijación de una pensión alimenticia a su favor. El demandado ha sido citado legalmente, quien comparece a fojas 42 señalando casilla, autorizando su defensa y acompaña el certificado 2011-24840 del Registro de la Propiedad (fs.43). Se fija día y hora para que tenga lugar la Audiencia Única. **QUINTO:** La prueba ha sido actuada ante el Juez con apego a las normas adjetivas, esto es, ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio en forma legal y de la misma se colige: el actor ha presentado fojas 1 de los autos la partida de nacimiento del que consta que el demandado, es su padre José Antonio Quinde Lata, documento con el que se corrobora la relación parento filial requerida en el art. innumerado 5 del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, para la procedencia del derecho; existiendo por tanto legitimación activa y pasiva. A fojas 2 de los autos consta una copia del carné de Discapacidad del Consejo Nacional de Discapacidades signado con el número 4298 cuyo original se ha exhibido y agregado al proceso, del que se desprende una discapacidad auditiva del 70%, demostrando su discapacidad. De fojas 9 a 13 de los autos consta el reporte de sueldos mensuales del demandado; a fojas 14 la certificación de la Agencia Nacional de Tránsito sobre la inscripción de la Prohibición de Enajenar los vehículos de propiedad del demandado; a fojas 18 la Certificación del Hospital José Carrasco del IESS referente a que el demandado labora en dicha casa de salud con un ingreso mensual de mil doscientos un dólares de los Estados Unidos, lo cual es corroborado con la respuesta a lo preguntado por el abogado del actor en la confesión judicial realizada en la audiencia, además tiene descuentos forzosos: aportes al IESS de 149,07 dólares; impuesto a la renta 18,48 dólares. La información registral sobre la propiedad de bien raíz del demandado que consta a fs. 21 y 22, la inscripción de la prohibición judicial a fojas 36. El oficio del Banco Pichincha que señala la titularidad de una cuenta de ahorros activa con un valor de 670 dólares a octubre 28 del 2011 a fs. 37, documentos todos con los que se ha demostrado la capacidad económica del demandado. Del testimonio de Carmen Margarita Cajamarca Deleg se rescatan los gastos en los que incurrió el actor para realizar sus labores habituales. En lo tocante a la prueba aportada por el demandado, a fojas 43 de los autos obra el certificado Nro. 2011-24840 del Registro de la Propiedad que indica la venta de un predio ubicado en Challuabamba, zona rústica de la Parroquia Nulti por parte del padre demandado a su hijo actor en este proceso; a fs. 52 de autos existe la certificación sobre los movimientos migratorios del actor; a partir de fs. 55 a 57 existen distintos certificados entre los que constan a) a fs. 55 y 63 certificación del SRI sobre la suspensión definitiva del RUC del actor; b) certificación de cuentas o inversiones del Banco de Guayaquil, el cual se certifica que no posee cuentas ni inversiones en tal entidad bancaria; c) certificación de ahorro en la Cooperativa Jep con un saldo de 388,30 dólares; d) a fs. 59 el memorando Nro.

001-T-2012 de la Federación Deportiva del Azuay que señala que el actor ha recibido un estímulo de 450 dólares mensuales hasta julio del 2010, teniendo un pago pendiente de agosto a diciembre del 2012 y desde el mes de enero del 2011 se ha suspendido este estímulo; a fs. 64 oficio del Ministerio del Deporte en él se certifica que el actor percibe dos remuneraciones mensuales es decir 584,00 dólares americanos mensuales; e) a fojas 65 y 66 de autos consta un oficio de la Cooperativa JEP con el que se demuestra que el actor mantiene un crédito con tal institución; a fs. 51 y 52 existe la certificación de Movimientos Migratorios del actor lo cual desvirtúa lo manifestado por la testigo Carmen Margarita Cajamarca Deleg, que tiene siempre que salir de casa con otra persona acompañada, pues al viajar al extranjero no lo puede hacer con acompañante, a más de esto desvirtúa la aseveración de que “a veces asea se va” (sic) haciendo alusión de alguna deficiencia de tipo mental, pues mentalmente es visible su lucidez. Con la declaración de su testigo Jorge Astudillo Paidá se ha corroborado el hecho de que el actor es un deportista y entrena en las mañanas y tardes, ha asegurado que es deportista Olímpico, al preguntarle a testigo a cerca del último viaje por turismo realizado por el actor este manifiesta que es de conocimiento público, pues se encuentra publicado en el Facebook de la cuenta del actor. **SEXTO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA APORTADA.** Cabe analizar, que el actor es una persona discapacitada y al respecto la Constitución de la República lo coloca en el grupo de personas en condición de doble vulnerabilidad y que merecen atención prioritaria, pues en principio todo discapacitado tiene derecho de alimentos vitalicios. Art. innumerado 4: Titulares del derecho de alimentos. “Tienen derecho a reclamar alimentos: 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”. En este punto hace falta hacer algunas puntualizaciones: 1) Es claro este artículo pues hace la salvedad de: “las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas” un deportista de élite; y, 2) el artículo manifiesta “conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacitados CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”. Con el análisis de la prueba aportada por el actor se tiene la seguridad de la estabilidad económica del demandado, con el sueldo mensual que percibe y los bienes que posee éste; consta de autos el carné de discapacitado, con lo cual se demuestra que efectivamente se trata de un discapacitado con el 70% auditiva; además está demostrado que el actor es un deportista de élite, el cual recibe un estímulo económico por parte del Gobierno Nacional de 584,00 dólares de los Estados Unidos de Améri-

ca, sin que sea necesario analizar más consideraciones y con fundamento en los artículos 35 y 47 de la Constitución de la República y numeral 3 del artículo innumerado 4 de la Ley Reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia, la suscrita, RESUELVE: aceptar la demanda propuesta por FAUSTO VICENTE QUINDE VISCAÍNO, en cuanto a la pensión mensual sin tener en cuenta la tabla de pensión alimenticia puesta rige siempre y cuando el niño o el titular del derecho no pueda procurarse los alimentos, en el presente caso se aplica la sana crítica del juzgador, pues en el presente caso el actor al ser un deportista de élite mantiene una pensión estatal, la cual está en función de su estatus de deportista de élite, sin embargo el apoyo necesario por parte de su progenitor no es exactamente para alimentos, (en el estricto sentido de la palabra), sino para que continúe siendo un deportista de élite. Por ello se fija una pensión mensual de DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS a favor de FAUSTO VICENTE QUINDE VISCAINO, más subsidios y beneficios señalados por ley, valor que deberá pagar y depositar JOSÉ ANTONIO QUINDE LATA, en la cuenta de pensiones alimenticias del Banco de Guayaquil a cargo de la Pagaduría de este Juzgado, durante los cinco primeros días de cada mes y a partir del mes de OCTUBRE del año dos mil once, fecha de presentación de la demanda, en la cuenta que para el efecto tiene aperturada el actor. A más de la suma fijada como pensión definitiva, el alimentante pagará dos subsidios y otros beneficios legales, de conformidad con el art. innumerado 16 del Título V, Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia. Hágase saber a la señora Pagadora. **Notifíquese.**

f) **Dr. Iván Pesantez Ochoa, Juez Temporal.**

ACLARACIÓN

Proceso Nro. 1183-2011

JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CUENCA, 04 de enero del 2012. Las 14h51.

VISTOS: Proveyendo el escrito presentado por Fausto Vicente Quinde Vizcaíno, se hace caer en cuenta el abogado del recurrente que el art. 282 de C. de P. Civil, manda: “**La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura...**” (lo resaltado en negrita es mío), no siendo esta obscura ni sus requerimientos importantes en la decisión del juzgador, se da contestación a la petición, en los siguientes términos: **1.** En que en el considerando tercero de la resolución, en ninguna parte se asevera lo que manifiesta el recurrente; **2.** En la última parte del considerando tercero es una transcripción del art. 4 innumerado numeral tercero “**3.** Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”. **4.** Si consta a fojas uno de autos la partida de

nacimiento del actor en donde consta la relación parento filial, sin que sea coherente el resto de petición en este punto. 5. La clasificación de deportista de élite son lo que reciben el sueldo o ayuda vitalicia por sus logros deportivos sin que sea necesaria una norma que así lo enuncie, es tan solo sentido común, el resto de normativa en la que se funda la resolución está dentro de ella misma. 6. La expresión “sin que sea necesario más consideraciones significa que se ha abundado suficientemente, como para que cualquier personas no necesariamente un abogado pueda entender la resolución. 7. Se fundamente el no tener en cuenta la tabla de pensión alimenticia: a) en la sana crítica, con la que el juzgador entiende el verdadero sentido de la demanda, pues al deportista de élite quien es el demandante no le hacen falta alimentos, pues sí se los procura por sí mismo, lo que él necesita es continuar siendo de élite, b) en la prueba aportada por las partes dentro de lo que claramente se ve que el discapacitado se procura un ingreso mensual de dos salarios básicos unificados del trabajador, los viajes realizados por el discapacitado los cuales son muchos. En cuenta la autorización a su abogado defensor así como la casilla judicial señalada.

f) **Dr. Iván Pesantez Ochoa, Juez Temporal.**

APELACIÓN

Juicio Nro. 51-2013

Conjuez Ponente: Dr. Marcelo Flores Berrezueta.

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 22 de febrero del 2013. Las 09h30.

VISTOS: Debidamente integrada la Sala con la concurrencia de los Conjuces doctores Mauricio Barros Uguña y Marcelo Flores Berrezueta designados mediante oficio Nro. FJA-DPA-2013-0082 y FJA-DPA-0146, respectivamente, el Tribunal entra a conocer el presente caso; en el que a fojas 149 y vuelta comparece el señor FAUSTO VICENTE QUINDE VIZCAÍNO, en su condición de actor y a fojas 151, 152 y 153 el señor JOSÉ ANTONIO QUINDE LATA en su condición de demandado, en el juicio de alimentos Nro. 1183-2011; y, presentan recurso de apelación del auto resolutorio dictado por el señor Juez Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, doctor Iván Pesantez Ochoa, el 19 de Noviembre del 2012 las 08h00, que RESUELVE: “...aceptar la demanda propuesta por FAUSTO VICENTE QUINDE VISCAÍNO, en cuanto a la pensión mensual sin tener en cuenta la tabla de pensión alimenticia puesta rige siempre y cuando el niño o el titular del derecho no pueda procurarse los alimentos, en el presente caso se aplica la sana crítica del juzgador, pues en el presente caso el actor al ser un deportista de élite mantiene una pensión estatal, la cual está en función de su estatus de deportista de élite, sin embargo el apoyo necesario por parte de su progenitor no es exactamente para alimentos, (en estricto sentido de la palabra), sino para que continúe siendo un de-

portista de élite. Por ello se fija una pensión mensual de DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS a favor de FAUSTO VICENTE QUINDE VISCAÍNO, MÁS SUBSIDIOS Y BENEFICIOS SEÑALADOS POR LEY, valor que deberá pagar y depositar JOSÉ ANTONIO QUINDE LATA, en la cuenta de pensiones alimenticias del Banco de Guayaquil a cargo de la Pagaduría de este Juzgado, durante los cinco primeros días de cada mes y a partir del mes de OCTUBRE del año dos mil once, fecha de presentación de la demanda, en la cuenta que para el efecto tiene aperturada el actor. A más de la suma fijada como pensión definitiva, el alimentante pagará dos subsidios y otros beneficios legales, de conformidad con el art. innumerado 16 del Título V, Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia”. Los recursos oportunos y legalmente interpuestos son concedidos en providencia de fecha 15 de enero del 2013 las 08h05, siendo el estado procesal el de resolver, este Tribunal, considera: **PRIMERO.** Esta Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, es competente para conocer y resolver los recursos venidos en grado, por el sorteo de ley. **SEGUNDO.** Puesto en conocimiento de las partes la recepción del proceso, de conformidad con lo que dispone el art. innumerado 41 de la Ley Reformativa al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, vienen los autos para resolver en mérito a lo que consta del expediente. **TERCERO.** No se observan omisión de solemnidades sustanciales ni vicios de procedimiento que puedan acarrear nulidad, por lo que declara la validez procesal. La fundamentación en materia de Niñez y Adolescencia permite al Tribunal limitar su conocimiento a los puntos concretos que han sido materia de inconformidad por la parte recurrente, de manera que se pueda determinar su sustento legal y proceder a analizar lo resuelto por el Juez a quo. En este contexto, el apelante actor sostiene, que: 1. El señor Juez de primer nivel, no ha valorado debidamente la prueba en que el actor dice justificar los gastos que realiza en la movilización para realizar los entrenamientos que alcanzan a un promedio de \$24,00 diarios en taxis, por lo que los \$580,00 que recibe mensualmente como aporte del Estado no le alcanza para cubrir sus necesidades y además manifiesta que el Juez a quo al fijar la pensión de \$250,00 mensuales a su favor ha fallado contra Ley expresa, al fijar la pensión por debajo de la tabla de pensiones alimenticias mínimas señaladas por la Ley. 2. El señor en la parte motiva hace referencia al estímulo de \$450,00 mensuales hasta julio del 2010, teniendo un pago pendiente de agosto a diciembre de 2012, manifiesta que esta aseveración es equivocada por cuanto se encuentra pendiente el pago de agosto a diciembre de 2010. 3. En cuanto al movimiento migratorio del actor dice que siempre viaja acompañado, manifiesta que esta afirmación es inverosímil, ya que un deportista de su categoría siempre tiene que viajar acompañado de entrenador, médico, dirigente, etc., y; 4. Hace relación a los bienes que posee su padre, manifestando que no va a pronunciarse. Por su parte el demandado, en su escrito contentivo de

impugnación de la resolución manifiesta: 1. Que su hijo, el actor, efectivamente es discapacitado en el 70% de su audición, pero no incapacitado para laborar, tanto así que debido a sus capacidades es un deportista de élite, y recibe una pensión vitalicia del Estado de \$ 584,00 mensuales (y en este año recibirá \$ 636,00 mensuales). 2. Que en la Audiencia Única, se excepcionó manifestando que no se han justificado los requisitos exigidos en el numeral 3 del artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, puesto que no ha presentado el Certificado del CONADIS o de una institución de salud que conozca el caso y certifique que el actor es impedido para valerse por sí mismo. 3. Hace referencia al artículo 69 de la Constitución sobre todo al contenido de los numerales 1 y 5 que se refiere a que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna. 4. Hace observaciones de la valoración de la prueba que realiza el Juez refiriéndose a errores en la redacción de las diligencias no sustanciales, ni que causen indefensión o puedan influir en la resolución. 5. Finalmente en este punto vuelve a referirse a errores o lapsus en cuanto a las fechas de las providencias y otros detalles que redundan sobre los mismos aspectos referidos en los puntos anteriores especialmente en la excepción deducida de que no se ha dado cumplimiento al requisito de presentación del certificado del CONADIS, para justificar el derecho del actor para presentar la demanda. **CUARTO. ANÁLISIS DE LA SALA:** Los puntos que fundamenta el actor su inconformidad con la resolución dictada no tienen un sustento que pueda ser considerado como relevante para la resolución dictada, así la disminución considerable de su audición no implica que pueda movilizarse casi normalmente para trasladarse de un lugar a otro como lo hace cualquier persona y resulte indispensable trasladarse en taxi cuatro veces al día y todos los días, si para evitar semejante gasto bien podría hacerlo en un bus, o trasladar su domicilio cerca al lugar a donde necesita movilizarse; y en cuanto a la inobservancia del monto de la pensión alimenticia mínima fijada por la Ley de conformidad a las tablas respectivas tendría su razón de ser en el caso de justificarse el derecho a la pensión alimenticia. Igualmente lo manifestado en los puntos 2, 3 y 4 que se refieren a que si se ha cobrado o no el estímulo de \$450,00, que le ha otorgado la Federación Deportiva del Azuay, si los viajes al exterior los realizaba o no acompañado por otra persona o si no va a pronunciarse el actor sobre los bienes que posee su padre, no tienen ninguna trascendencia en la resolución. En cuanto a los puntos manifestados por el demandado, todos ellos se resumen en que no se ha considerado la excepción planteada al contestar la demanda en que el demandado insiste que al no presentarse el certificado exigido en el numeral 3 del artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se justifica el derecho del adulto discapacitado, para reclamar alimentos toda vez que no se demuestra que su discapacidad le impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismo, requisito sine qua non, para que proceda la fijación de pensión alimen-

ticia. Este Tribunal considera que el asunto medular de la Litis se concentra en el punto de si el accionante tiene o no tiene derecho a percibir la pensión alimenticia que demanda y a este respecto cabe analizar los siguientes puntos: a) Resulta incuestionable que el actor adolece de una discapacidad auditiva de un 70%, por cuanto así lo manifiesta él, así se desprende del carné de discapacidad que le ha conferido el CONADIS y por fin porque así lo acepta también la parte demandada. b) El numeral 3 del artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en efecto dice "Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS o de la Institución de Salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse". Del texto de esta disposición se colige claramente que el actor debió demostrar no sólo su discapacidad, sino el hecho de estar impedido de procurarse los medios para subsistir por sí mismo y esto en la forma como establece la norma, es decir con una certificación del CONADIS o de la Institución de Salud que hubiere conocido el caso, pero el accionante no ha cumplido con este requisito, y por el contrario, de autos consta en su confesión judicial cuando es preguntado "Indique si usted es un entrenador de marcha. Responde Sí; también a fojas 63 consta un informe del SRI, que da cuenta de que el accionante poseía un registro del RUC, lo que lleva a pensar que obtenía sus propios ingresos económicos para convertirse en contribuyente y sobre todo, que en la actualidad se encuentra percibiendo de parte del Estado una pensión vitalicia consistente en dos remuneraciones básicas unificadas del sector privado (informe de fojas 64), lo que garantiza su derecho a una vida digna y le proporciona los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas, que es el objetivo del derecho a alimentos. Es importante recalcar que la tutela de los derechos de una persona discapacitada es una acometida conjunta, en donde se verá inmerso en un ámbito macro el Estado y la sociedad en su conjunto, y en un sentido específico, su núcleo familiar. En el presente caso el Estado ya ha asumido la obligación y por lo mismo el accionante no se encuentra desprotegido, al margen de que el accionante pueda procurarse o no su subsistencia por sus propios medios. **SEXTO (sic).** Por lo expuesto esta Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, RESUELVE: aceptar el recurso de apelación, planteado por el demandado y REVOCAR el Auto resolutorio subido en grado; y, declarando sin lugar la demanda y dejando sin efecto la pensión alimenticia fijada por el Juez de primer nivel, disponiendo devolver el expediente al Juzgado de origen. **Notifíquese.**

f) **Dra. Aurea Piedad Calderón Vintimilla Jueza Provincial. Dr. Marcelo Flores Berrezueta, Conjuetz Provincial. Dr. Mauricio Barros Ugula, Conjuetz Provincial.**

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza V.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, 03 de septiembre de 2013. Las 10h15.

VISTOS: Practicado el sorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, avocamos conocimiento del proceso en nuestra calidad de Juezas y Conjueza de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. Actúa la Dra. Rosa Álvarez Ulloa, en reemplazo de la Dra. Rocío Salgado Carpio, a quien se le concedió comisión de servicios en el exterior, mediante Oficio Nro. 1629-SG-CNJ-IJ de 29 de agosto de 2013. **1. ANTECEDENTES:** El señor Fausto Vicente Quinde Viscuña, de la edad de 35 años -a la fecha de presentación de su demanda-, concurre a la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia y demanda a su padre pensión alimenticia. El accionante fundamenta fácticamente su demanda en la dificultad o imposibilidad de procurarse los medios para subsistir por sí mismo, sobre la base de su discapacidad auditiva del 70%, según carné del CONADIS que inserta al libelo de demanda. El Tribunal de Alzada, revocando el auto resolutorio del Juez de primer nivel, declara sin lugar la demanda y, deja sin efecto la pensión alimenticia fijada por el Juez de origen; inconforme el accionante con la resolución de fecha 22 de febrero de 2013; las 09h30, dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, comparece en tiempo oportuno a interponer Recurso de Casación, en el juicio de procedimiento oral contencioso general, que siguiera en contra de su padre José Antonio Quinde Lata, y frente a su negativa bajo el argumento que la resolución dictada no es final ni definitiva, el proceso viene a conocimiento de esta Sala por el recurso de hecho oportunamente interpuesto. **2. COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 172 y 184 de la Constitución de la República, en relación con el 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición Nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nro. 03-2013 de 22 de julio 2013, respecto a la nueva conformación de la Salas de este Órgano Jurisdiccional, en razón de las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial, publicadas en el Suplemento Registro Oficial Nro. 38 del día miércoles 17 de julio de este año; y, en virtud de que procede el recurso de hecho, al no encontrarse debidamente fundamentada la negativa a la concesión del recurso de casación, pues contrario al razonamiento expuesto por el Tribunal de instancia, el auto que decide la controver-

sia tiene las características de final y definitivo, en cuanto niega el derecho a percibir alimentos al accionante, poniendo de esta manera fin al proceso, sin que en las circunstancias del caso concreto, pueda renovarse el proceso de conformidad con lo prescrito en los art. 281 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en relación al art. 2 de la Ley de Casación. **3. NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS, CAUSALES ALEGADAS POR EL CASACIONISTA, Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. CARGO ÚNICO: 3.1.** El casacionista impugna el auto resolutorio del Tribunal de Alzada por “[...] Causal tercera del primer numeral del artículo 3 de la Ley de Casación [...]”, acusa al fallo por el yerro de errónea interpretación de la norma de derecho contenida en el artículo innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia y, además lo impugna por “[...] Causal segunda del primer numeral del artículo 3 de la Ley de Casación [...]”¹ que en particular, a criterio del casacionista el auto impugnado incurre en falta de aplicación de normas de fuente constitucional: artículos 3.1; 11.1, 11.2, 11.9; 35; 66.2; 75; 76.1; 82 y 172 de la Constitución de la República del Ecuador, considerando en consecuencia infringidas esas normas de derecho. Como esta formulado el recurso, puede prestarse a confusión, por lo que este Tribunal supliendo omisiones formales, técnicamente entiende que el recurso está fundamentado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por los yerros de errónea interpretación, y falta de aplicación. **3.2.** Fundamentos del recurso: **i)** por el yerro de errónea interpretación de la disposición contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia, sostiene el recurrente, que esta disposición, no exige a la persona que tenga una discapacidad, demostrar si está imposibilitado o no, para procurarse alimentos por su propio esfuerzo; sino más bien, alega el actor, el hecho de ser una persona con habilidades especiales, le permite según la disposición normativa que - Cree infringida-, obtener una pensión alimenticia de su progenitor. **ii)** Por el segundo yerro -falta de aplicación de normas de la Constitución-, el recurrente manifiesta, que al ser una persona discapacitada, merece atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado y, como consecuencia de la revocatoria del fallo que aceptó su pretensión, su derecho constitucional a alimentos, ha sido vulnerado. **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación reviste la forma de una verdadera demanda que se interpone contra la sentencia o auto, en este sentido está sujeta a un rigor técnico, a una racionalidad jurídica especial, tanto en el planteamiento como en la fundamentación, acorde con lo que establezca la ley y la jurisprudencia en materia procedimental, que al incumplirse impide el estudio de fondo del recurso. La casación se caracteriza por ser un *recurso extraordinario* por cuanto ataca la cosa juzgada de la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada. Esencialmente *formal*, pues para que prospere requiere el cumplimiento estricto de

¹ Ver recurso extraordinario de casación del demandante, fojas 14 del cuaderno de segunda instancia.

las disposiciones de la ley. No es un recurso contra el proceso sino contra la sentencia ejecutoriada y sus efectos. El principal objetivo de la casación es conseguir que la autoridad jurisdiccional al resolver, ajuste sus actos al ordenamiento jurídico vigente, atendiendo para el efecto a la razón práctica, una recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes, y pautas jurisprudenciales obligatorias, en armonía con los postulados constitucionales consagrados en la Constitución de la República. Uno de los elementos constitutivos de un Tribunal de Casación es propender a unificar criterios jurisprudenciales a través del desarrollo de precedentes para su posterior aplicación por parte de los tribunales y jueces de instancia. En suma, la Casación persigue del más alto de Justicia ordinaria de un país, la guía y dirección interpretativa del ordenamiento legal, para alcanzar su correcto y armónico entendimiento, a la luz de los principios y valores en los que se funda un modelo constitucionalmente garantista.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES FORMULADAS: 5.1. Con el propósito de resolver el caso puesto a nuestro conocimiento, esta Sala Única de la Corte Nacional de Justicia, con respecto al cargo de errónea interpretación del artículo innumerado 4.3 del Código de la Niñez y Adolescencia, entrará al análisis de dicha disposición normativa, para establecer sus parámetros de aplicación. La disposición normativa imputada como infringida, establece: *“Art. 4.- Titulares del derecho de alimentos.- Tienen derecho a reclamar alimentos: [...] 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse [...]”*, (lo resaltado nos corresponde).

5.2 PROBLEMA JURÍDICO: Se evidencia por parte de este Tribunal, un problema central a dilucidar *respecto de quienes son titulares del derecho de alimentos en las circunstancias prescritas por la norma* y, que en el fondo obedece o se presenta por falta de claridad del texto, por una deficiencia de redacción de la disposición citada; luego de varios análisis en relación con la alegación principal del recurrente, el dilema se origina a partir del significado de la palabra “o”, que gramaticalmente representa disyunción como conjunción que incumbe alternativa, contraposición o incompatibilidad², de lo cual en sentido amplio no genera dificultad alguna, pues en el caso particular podría considerarse como pretende el recurrente como disyuntiva de incompatibilidad; sin embargo, a continuación del término “o”, se lee “sus” que denota posesión o pertenencia, conocidos como adjetivos pronominales, porque tienen la forma y significación de adjetivos,³ en este caso particular, “sus” es

utilizado a continuación del sustantivo (persona con discapacidad), para continuar refiriéndose a lo que se ha dicho en las palabras que le anteceden como adjetivación de ellas; es decir, se utiliza el término “sus” cuando queremos referirnos con sentido de pertenencia del sustantivo al que se está refiriendo una oración; debiendo tenerse en cuenta que gramaticalmente, el término “sus” puede hacer referencia tanto a uno como a varios poseedores. En este orden de ideas, entonces la lectura del texto normativo sin existir el término “sus” no ocasionaría conflicto interpretativo y podrían darse dos presupuestos: **i)** tienen derecho a alimentos toda persona mayor de edad que padezca una discapacidad “o”, **ii)** toda persona cuyas circunstancias físicas o mentales les impida procurarse medios para subsistir por sí mismos. El conflicto interpretativo en estricto sentido, se genera al encontrarse enlazados los términos “o/sus” puesto que gramaticalmente el primero, sirve como disyunción que demuestre alternativa o incompatibilidad y, el segundo, como adjetivo posesivo, que sirve para referir al sustantivo que le antecedió o sucedió; como consecuencia, este Tribunal realizará el siguiente análisis a efectos de encontrar el correcto sentido de la disposición normativa a la luz de la Constitución.

5.3. El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece algunos criterios de interpretación, tales como: jerarquía, especialidad, temporalidad y métodos: sistemático, teleológico, evolutivo, literal etc.⁴, los que no son contrarios a lo que ha establecido la norma de rango legal vigente en el ordenamiento jurídico, como es el Código Civil, cuyo artículo 18 contempla, los métodos literal, analógico, contextual; posibilidad de recurrir a principios en caso de anomía, etc.⁵. Reglas de interpretación que en los dos cuerpos legales no son contrarias y, más bien se evidencia grado de similitud y correspondencia. El ejercicio hermenéutico que llevará a cabo este Tribunal para resolver el caso, será a través de los métodos descritos, principalmente el sistemático y teleológico, teniendo en cuenta que no existe un método puro, y que algunos de ellos, son complementarios, sin perder de vista la irradiación constitucional que debe cubrir toda disposición de rango legal.

5.3.1 El nuevo paradigma constitucional adoptado por el Ecuador, se caracteriza por incluir a aquellas personas, grupos de personas o colectivos, que históricamente han sido desplazados e invisibilizados en la sociedad ecuatoriana y, que producto de sus luchas por alcanzar espacios sociales e igualdad material, han conseguido favorablemente implementar una estructura constitucional que ha plasmado la pluralidad de la sociedad ecuatoriana, pluralidad que es condición de validez de todo acuerdo social. En este contexto, la Carta Fundamental, contiene una sección que trata sobre las personas con capacidades especiales, y establece la garantía de que el Estado, procure la equiparación de

² Ver en <http://diccionariosimplificado.files.wordpress.com/2012/02/diccionario-simplificado-de-gramc3a1tica.pdf>

³ Ver en <http://espanol.cubaeduca.cu/medias/pdf/760.pdf>.

⁴ Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵ Ver Artículo 18 del Código Civil.

oportunidades e integración social para las personas con discapacidad, reconociéndoles -entre otros- el derecho a: **una atención especializada, rehabilitación integral, rebajas en servicios y a exenciones tributarias, vivienda adecuada, educación especializada y desarrollo de potencialidades (artículo 47)**; así mismo el Constituyente, ha establecido algunas medidas que debe adoptar el Estado a favor de las personas en circunstancias de discapacidad, para alcanzar su inclusión social, mediante planes y programas públicos o privados, que fomenten la participación política, social, cultural, educativa y económica. (Artículo 48.1). **5.3.2.** En el campo de las normas de rango legal, la Ley Orgánica de Discapacidades, establece la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa en el diseño y ejecución de políticas públicas para eliminar las condiciones de desigualdad en que se encontraran las personas con discapacidad, para cuyo efecto tendrá en cuenta la situación real y las condiciones humanas de vulnerabilidad en que se esté la persona, para garantizar el ejercicio de los derechos propios de su caso particular (artículo 17); así mismo se establece la inclusión social al instaurarse la obligación de contar con un número determinado de empleados en situación de discapacidad, tanto en el sector público como privado (artículo 47), garantizándoles estabilidad especial (artículo 51); se reconoce además, la prioridad en el ejercicio de los derechos y el acceso a la salud, educación, recreación, capacitación, turismo accesible (artículos 19-44). En el mismo sentido -en cuanto a inclusión laboral- la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé que las Instituciones con determinado número de trabajadores, están en la obligación de emplear a un porcentaje de trabajadores con discapacidad⁶; y en caso, de tener una *discapacidad severa*, estando bajo el cuidado de una persona de su núcleo familiar, ésta última podría acceder al cargo en la administración pública. Con el propósito de alcanzar igualdad de condiciones de acceso al trabajo, las instituciones tomarán medidas de acción afirmativa (artículos 64-65). En igual lógica, retomando la Constitución, se reconoce el derecho al trabajo permitiendo la incorporación de personas con discapacidad en entidades públicas y privadas tendientes a fomentar sus capacidades y potencialidades (artículo 47.5); además prevé la obligatoriedad de adoptar medidas que aseguren en caso de *discapacidad severa y profunda*, programas especializados de atención prioritaria a fin de procurar un mayor grado de autonomía e independencia (artículo 48.5). **5.3.3.** Del ordenamiento jurídico descrito, puede decirse con certeza que el Ecuador a partir de la Constitución de 2008, ha producido y desarrollado normas de rango legal inclusivas para este grupo humano, así se establece una posición de correlación, deber

del Estado frente a personas con discapacidad y viceversa, derechos de estas, frente a aquél, con un énfasis mayor en derechos sociales como el trabajo, educación, salud, etc., que permitan el desarrollo personal integral a través de la participación en espacios de la vida pública y privada, del que históricamente han sido marginadas y privadas, puesto que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, cuyo tratamiento especial es consecuencia del propósito de igualdad material, teniendo en cuenta lo fundamental que resulta el trabajo, por ser fuente de realización personal y base de la economía del país, constituye un derecho y *un deber* de los y las ciudadanas (artículo 33). **5.3.4.** Por otro lado, las disposiciones constitucionales, establecen unos matices importantes al señalar que quienes padezcan una discapacidad severa y profunda merecen un tratamiento especializado, con el propósito de alcanzar su máximo desarrollo de personalidad, fomentar su autonomía y disminuir su dependencia; en igual sentido, en el ámbito infra-constitucional, la Ley Orgánica de Servicio Público arriba citada, prevé en cuanto al acceso al trabajo, que quienes estén bajo el cuidado de un familiar por padecer de una *severa discapacidad*, es factible que este familiar pueda acceder a un trabajo en la administración pública. De la lectura de estas disposiciones, encontramos algunos elementos de importancia para el análisis y resolución del caso: **i)** discapacidad severa y profunda, **ii)** autonomía, y **iii)** dependencia. **5.4.** El actor y recurrente, según el carné conferido por el CONADIS, es una persona con discapacidad auditiva del 70%, que se da a entender por lenguaje propio, el de señas; es un marchista de élite, competidor olímpico, que ha estado percibiendo por parte de la Federación Deportiva del Azuay “como estímulo” -en el proceso no se ha evidenciado el porqué de éste- la cantidad de \$ 450,00 mensuales hasta julio de 2010, estando pendiente del pago a partir de agosto de 2010 hasta mayo de 2012, fecha en la que el oficio de la Institución es cursado al Juzgado de origen⁷; así mismo, ha percibido la suma de \$ 584,00 por parte del Ministerio del Deporte hasta mayo de 2012⁸; finalmente, por la actividad atlética a la que se dedica ha asistido a competencias internacionales en representación del Ecuador en varias ocasiones.⁹ **5.4.1.** El grado de vulnerabilidad de una persona con discapacidad, estaría definida por el estado de intensidad o severidad de su discapacidad, pudiendo existir casos de mayor o menor intensidad de aquella, que coloquen a la persona en situación de dependencia, necesitando imperiosamente el cuidado y apoyo de un tercero, lo que llevaría a disminuir en gran medida el ámbito de autonomía de esa persona. En este contexto, el recurrente al ser un deportista de élite, que pertenece a la Federación Deportiva del Azuay, que dice ser

⁶ La LOSEP, tratándose además de la inclusión laboral a que nos referimos, establece el criterio de interculturalidad para el acceso al trabajo y, es extensiva la inclusión laboral a otros grupos de personas que merecen atención prioritaria, señalando a personas con enfermedades catastróficas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

⁷ Ver Memorando Nro. 001-T-2012, fojas 59 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Ver Oficio Nro. MD-MD-2012-3533, fojas 64 del cuaderno de primera instancia, en ninguno de los casos, se establecen las (sic).

⁹ Ver fojas 52 del cuaderno de primera instancia y confesión judicial rendida por el actor, fojas 139 del segundo cuerpo del cuaderno de primera instancia.

entrenador de marcha,¹⁰ que tiene la capacidad económica de adquirir un crédito, cuyo destino ha sido descrito para adquirir un vehículo,¹¹ y que ha representado al país en competencias, no evidencia una situación de vulnerabilidad de tal intensidad cuya autonomía e independencia estén siendo gravemente obstaculizadas; al contrario, el recurrente en ejemplo de su potencial y su capacidad ha demostrado poder desenvolverse con gran tenacidad en la vida y que es precisamente lo que el Constituyente ha buscado, que personas con una capacidad especial (discapacidad) encuentren espacios propicios que les permitan su desarrollo personal, en un ambiente de igualdad y de salubridad física y mental para aquellas; para esto se han establecido medidas que debe adoptar el estado como son: acceso a infraestructura adecuada, a servicios y al trabajo -a través de acciones afirmativas de ser necesario- que les permita preferiblemente alcanzar en condiciones de igualdad, un nivel de vida satisfactorio en forma autónoma e independiente. **5.4.2.** En particular, adentrándonos al texto normativo del Código de la Niñez y Adolescencia (artículo innumerado 4.3), bajo el marco normativo descrito y analizado, y sobre la base de las particularidades específicas del caso sub iudice, se debe relacionar inescindiblemente el derecho de alimentos de una persona discapacitada de cualquier edad, al grado de severidad de ella, que le impida o dificulte procurarse sus propios medios para subsistir, tanto es así que, el propio actor ha dado esta lectura de la disposición normativa, al exponer en el formulario de demanda en la parte pertinente a los fundamentos de hecho que: “[...] **PADEZCO DE UNA DISCAPACIDAD AUDITIVA, EN UN 70%, LO QUE ME IMPIDE O DIFICULTA PROCURARSE LOS MEDIOS PARA SUBSISTIR POR MI MISMO [...]**” (sic)¹², y que a lo largo del proceso, la defensa del actor ha ido cambiando su discurso, hasta llegar al recurso extraordinario de casación, en el que afirma en forma contundente que el hecho aislado de ser una persona con discapacidad, lo coloca en la posición de titular del derecho, olvidando su fundamento fáctico para accionar planteado inicialmente, esto es, la dificultad o impedimento en el que se encuentra por su discapacidad, para procurarse los medios necesarios para su subsistencia, argumento este que sería coherente con un modelo de Estado no paternalista, inclusivo e impulsador de capacidades diferentes, y que el trabajo constituye un medio que propende a la realización personal. Finalmente, bajo la perspectiva constitucional de impulso a la realización personal de las personas con capacidades especiales a través del trabajo como derecho y deber de los ciudadanos, al existir un espacio de inclusión laboral muy amplio a nivel público y privado de estas personas, es necesario señalar que para poder acceder a los alimentos, el recurrente debió demostrar un grado de severidad e intensidad tal

en la discapacidad, que como él bien lo señala, le impida procurarse los medios para su subsistencia, lo que no ha ocurrido; al contrario, ha demostrado ser un ciudadano de fortaleza y de empeño, con capacidades, destrezas y habilidades propias, que le han permitido obtener recursos económicos con su propio esfuerzo y dedicación, bien puede entonces acceder a una carrera, oficio o empleo digno que le permita subsistir como hasta ahora, en forma autónoma e independiente. Pues la atención prioritaria a la que se refiere la Constitución y la Ley, no tiene otro propósito que no sea generar las condiciones necesarias para que este grupo humano pueda desarrollar a plenitud todas sus capacidades y potencialidades especiales y distintas, de acuerdo al grado de severidad de su discapacidad, con miras a alcanzar el máximo de su desarrollo personal e integral, y la autonomía necesaria que le permita disminuir la dependencia en todo sentido, con el propósito de vivir con dignidad, aspiración de todos los ciudadanos y ciudadanas de este país por medio del trabajo y esfuerzo propio, sin necesidad de vivir a cuenta de otra persona o del Estado, para satisfacer las necesidades mínimas sustanciales para la subsistencia. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por todo lo expuesto en el presente fallo, el recurso extraordinario de Casación no prospera; por lo que, esta Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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, dictada el 22 de febrero de 2013, las 09h30, por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Azuay, disponiéndose su inmediata devolución al juzgado de origen con el ejecutorial. Por renuncia de la doctora Wilma Guaipatín Garzón, Secretaria Relatora encargada, actúe la abogada María Peralta Sánchez como Secretaria Ad-Hoc. **Notifíquese.**

f) **Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional.**



VIII

Juicio nro. 072-2013

Resolución nro. 138-2013

Juicio ordinario de declaratoria de paternidad propuesto por Carla Andrea Sereni Freire en contra de Ángel David Sereni Granja.

¹⁰ Ver confesión judicial del actor, fojas 139 del segundo cuerpo del cuaderno de primera instancia.

¹¹ Ver Oficio Nro. JC-000356-2012 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Juventud Ecuatoriana Progresista dirigido al Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, fojas 128 y 129 del segundo cuerpo del cuaderno de primera instancia.

¹² Ver formulario de demanda del actor, fojas 4 vuelta del cuaderno de primera instancia.

SÍNTESIS:

La Sala de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores niega el recurso deducido contra la sentencia, dictada por la Segunda Sala de lo Civil, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y no casa la sentencia impugnada toda vez que la misma, pese a ser escueta, no se halla en contradicción con ninguna norma.

PRIMERA INSTANCIA

Juicio Nro. 2009-0782

JUZGADO VIGÉSIMO CUARTO DE LO CIVIL DEL GUAYAS. Guayaquil, viernes 16 de diciembre del 2011. Las 11h26.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito presentado por la accionante. En lo principal, de fs. 3 y 4 comparece la señora CARLA ANDREA SERENI FREIRE, quien manifiesta que hace 22 años nació y es el fruto de una relación amorosa con su señora madre Carmen de las Mercedes Freire Valencia, que mantuvo con el abogado Ángel David Sereni Granja, más resulta que en estos 22 años, su señora madre, nunca se atrevió a demandar a su señor padre, su apellido que por derecho le corresponde por lo que ella fue inscrita en el Registro Civil mediante posesión NOTORIA que es que tiene el apellido, pero no tiene derecho a nada, por lo que hoy viene a reclamar su apellido que su señor padre se lo ha negado a efecto el examen de ADN, para que se compruebe las aseveraciones indicadas en esta demanda, que se practique el examen en el término de ley deberá oficiar a la Cruz Roja Ecuatoriana del Guayas, la práctica del citado examen comparativo, en la que se contará con la presencia de su señor padre y ella. La demanda de declaración judicial de paternidad lo fundamenta en lo dispuesto en el art. 252 del Código Civil, en vigencia y consecuentemente solicita que en sentencia se sirva declarar, que el suscrito es su padre y disponer así su inscripción en el Registro Civil del cantón Guayaquil al margen de la inscripción de nacimiento que adjunta. A fs. 5 consta de autos el acta de sorteo mediante la cual radicó la competencia a este Juzgado. A fs. 6 se califica la demanda y se admite a trámite de juicio ordinario. A fs. 22 de los autos obran las diligencias de citaciones, por boleta, al accionado. A fs. 24 comparece el demandado deduciendo excepciones y señalando casilla judicial. A fs. 25 se admite a trámite las excepciones planteadas por el demandado. A fs. 32 se celebra la Junta de Conciliación. A fs. 35 mediante providencia se dispone recibir la causa a prueba. A fs. 36 mediante escrito de prueba de la actora, solicita el examen de ADN se lo practique con el demandado. A fs. 37 de los autos mediante providencia se dispone que se practique el examen de ADN solicitado. A fs. 40 obra de autos escrito de prueba del demandado, en el que reproduce lo que de autos le fuera favorable e impugna lo desfavorable. A fs. 46 obra de autos oficio que se envió a la Cruz Roja del Guayas. De fs. 47 a 50 de los autos obran el informe del análisis de vínculo biológico,

mediante estudio comparativo. A fs. 51 se manda agregar el informe remitido por la Cruz Roja Ecuatoriana del Guayas. A fs. 55 se declara concluido el término de prueba y pasen los autos para dictar sentencia. Siendo el estado de dictar sentencia y para hacerlo se considera. **PRIMERO:** No se observa omisión de solemnidad alguna que vicie el procedimiento del proceso, por lo que se declara válido. **SEGUNDO:** Fue citada legalmente la parte accionada (fs. 22), y comparece (fs. 24) contestando la demanda, deduciendo excepciones y señalando casilla judicial; las mismas que fueron admitidas a trámite (fs. 25). **TERCERO:** Las partes ejercieron el derecho a la defensa, solicitando las pruebas convenientes a sus intereses; disponiéndose a fs. 37 el examen de ADN entre actor y demandado en la Cruz Roja del Guayas, a la que concurrieron las partes. **CUARTO:** De fs. 47 a 50 obra de autos el informe de Análisis de Vínculos Biológicos mediante estudio comparativo de ADN, en cuyo informe a fs. 49 en sus conclusiones, los resultados obtenidos no excluyen a Ángel David Sereni Granja, como padre posible la Carta Andrea Sereni Freire, con lo que se justifica los fundamentos de hecho y de derecho de la accionante; y, por otra parte la accionada no ha justificado sus excepciones planteadas que corren a fs. 24. Por estas consideraciones el suscrito Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil y Mercantil de Guayaquil **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara con lugar la demanda propuesta por CARLA ANDREA SERENI FREIRE, en contra de ÁNGEL DAVID SERENI GRANJA, para que se tome nota al margen de la inscripción de la partida de nacimiento, que consta en el Tomo 10-B, página 47, Acta 4002, realizada el 31 de Junio de 1987. Debiendo de oficiarse al Registro Civil, Identificación y Cedulación del Guayas. **Dése lectura y notifíquese.**

f) **Dr. Johnny Coral Ron, Juez.**

APELACIÓN

Juicio Nro. 130-2012

Juez Ponente: Dr. Jorge Jaramillo Jaramillo.
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Guayaquil, 12 de enero de 2013. Las 11h00.

VISTOS: Las suscritas, abogada Msc. Dora Moreano Cuadrado y abogada Martha Chica Véliz, avocamos conocimiento del presente juicio en nuestras calidades de Jueza titular y Conjueza (e), respectivamente, en vista de las acciones de personal Nro. 2848-DNP emitida el 25 de julio de 2012 por el Dr. Mauricio Jaramillo Velasteguí, Director General del Consejo de la Judicatura, y Nro. 3973-UARH-KZF, emitida el 31 de julio de 2012 por el abogado Luis Naranjo Vergara, Director Provincial del Guayas y Galápagos - Consejo de la Judicatura de Transición, quedando conformada la Sala con el Ab. Jorge Jaramillo Jaramillo. Para resolver el

recurso de apelación de fojas 60, interpuesto por el demandado Ángel David Sereni Granja, de la sentencia estimatoria expedida por el Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil del Guayas, en el juicio ordinario que le sigue Carla Andrea Sereni Freire, y por estar radicada la competencia en esta Sala por el sorteo reglamentario, se considera: **PRIMERO.** En el trámite del proceso no se observa ninguna omisión de solemnidad ni existen vicios del procedimiento, por lo que se confirma su validez; **SEGUNDO.** A fojas 3 y 4 comparece la actora Carla Andrea Sereni Freire manifestando que nació de la relación amorosa que tuvieron sus progenitores Carmen de las Mercedes Freire Valencia y Ángel David Sereni Granja, pero que durante sus 22 años de vida su madre nunca demandó a Ángel David Sereni Granja para que le dé el apellido paterno, por lo que mediante posesión notoria obtuvo el apellido de su presunto padre, sin tener ningún otro derecho; y, que por lo tanto, fundamentada en el artículo 252 del Código Civil, demanda a Ángel David Sereni Granja el reconocimiento de la paternidad y la inscripción correspondiente en el Registro Civil de este cantón al margen de la inscripción de su nacimiento. Calificada y admitida la demanda al trámite, y citado el demandado (fojas 22), éste la contesta con su escrito de fojas 24, negando los fundamentos de la misma y proponiendo las siguientes excepciones: **a)** Improcedencia de acción; **b)** Falta de derecho de la actora para deducir la demanda; y, **c)** Inexistencia de causa legítima. Quedó así trabada la Litis. Ante la falta de conciliación, se ha recibido la causa a prueba por el término de ley, dentro del cual se han aportado las que obran de autos, a cuyo vencimiento el juez a quo ha expedido la sentencia estimatoria recurrida; y, **TERCERO:** Al análisis de la prueba actuada, la sala observa: efectivamente, como bien lo manifiesta el Juez de primera instancia, a fs. 47-50, aparece la principal y determinante prueba en esta clase de juicios, esto es el informe del “**ANÁLISIS DE VÍNCULO BIOLÓGICO MEDIANTE ESTUDIO COMPARATIVO DE ADN**”, efectuado a Ángel David Sereni Granja y elaborado por los licenciados Víctor Aguirre y Margarita Vela, Peritos Legales del Laboratorio de Genética Molecular de la Cruz Roja Ecuatoriana, el 9 de junio de 2011, en cuyas conclusiones (pág. 49) dicen: “según se desprende de los datos reproducidos en la Tabla de Resultados adjunta, en todas las comparaciones realizadas se observó la existencia de compatibilidad genética entre el señor SERENI GRANJA ÁNGEL DAVID con cédula de identidad Nro. x con código P10736P y (el/la) menor SERENI FREIRE CARLA con cédula de identidad xx. Los resultados obtenidos NO EXCLUYEN al señor SERENI GRANJA ÁNGEL DAVID como padre posible de (el/la) menor SERENI FREIRE CARLA ANDREA. Los cálculos realizados, sobre la base de los resultados indican una PROBABILIDAD DE PATERNIDAD (W) estimada de 99,9952962341594% y un ÍNDICE DE PATERNIDAD (IP) estimado de 21258,5616762921. Esto significa que resulta 21258,5616762921 veces probable que el padre alegado sea el padre biológico respecto de lo que lo fuera

cualquier otro individuo de la población general.” (Lo resaltado es de la Sala), informe que resulta determinante y con el cual la actora ha justificado los fundamentos de su demanda. Por su parte, el accionado no ha justificado ni pretendido siquiera justificar sus excepciones, por lo que han quedado como meros enunciados. Por lo tanto, sin que sean necesarias otras consideraciones, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, confirma la sentencia recurrida en cuanto a que el padre biológico de la actora Carla Andrea Sereni Freire, es el accionado ÁNGEL DAVID SERENI GRANJA, debiendo marginarse tal declaratoria en la inscripción de la partida de nacimiento respectiva que consta en el Tomo 10-B, página 47, Acta 4002, realizada el 31 de Junio de 1987. **Dese lectura y notifíquese.**

f) Jorge Jaramillo Jaramillo Juez, Msc. Dora Moreano Cuadrado Jueza, Ab. Martha Chica Véliz, Conjueza.

AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN

Juicio Nro. 2012-0130

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Guayaquil, miércoles 6 de marzo del 2013. Las 08h35. Por cuanto la parte actora no ha contestado el traslado, prosiguiendo con el trámite, este Tribunal al resolver el pedido de ampliación y aclaración formulado por la parte demandada considera que el art. 282 del Código de Procedimiento Civil determina que la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. En la especie la sentencia fue dictada tomando en cuenta los documentos y pruebas agregados por las partes en su oportunidad; y en base a las disposiciones legales detallados. El contenido de la sentencia dictada en la presente causa resuelve todos los puntos de controversia y no puede ser alterado, ya que el art. 292 del Código de Procedimiento Civil expresamente dispone que las solicitudes que pretendan alterar el sentido de las sentencias, autos o decretos serán desechados, por lo que se niega el pedido de ampliación y aclaración por ser improcedente. Una vez ejecutoriado el presente auto devuélvase el expediente al inferior para los fines de ley. **Notifíquese.**

f) Msc. Dora Moreano Cuadrado. Ab. Esther Balladares Macías. Ab. Martha Chica Véliz, Conjuezas.

RECURSO DE CASACIÓN

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y

ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, 6 de septiembre de 2013. Las 16h40.

VISTOS: Practicado el sorteo de causas, e integrado legalmente este Tribunal, avocamos conocimiento del proceso en nuestra calidad de Juezas de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Actúa la Dra. Rosa Álvarez Ulloa, en reemplazo de la Dra. Rocío Salgado Carpio, a quien se le concedió comisión de servicios en el exterior, mediante oficio Nro. 1629-SG-CNJ-IJ de 29 de agosto de 2013. **1. ANTECEDENTES:** ÁNGEL DAVID SERENI GRANJA, conforme con la sentencia de fecha 12 de enero de 2013; a las 11h00, dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que confirmó la sentencia venida en grado que declaró con lugar la demanda planteada, en el juicio de declaración de paternidad seguido en su contra por la señorita CARLA ANDREA SERENI FREIRE, en tiempo oportuno interpone recurso de casación, razón por la cual la causa accede a análisis y decisión de este Tribunal que para resolver por ser el momento procesal considera: **2. COMPETENCIA:** La competencia de esta Sala está asegurada, en virtud de que las Juezas Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designadas por el Consejo de la Judicatura de transición mediante resolución Nro. 004-2012 de fecha 25 de enero de 2012, y el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución Nro. 03-2013 de fecha 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada, por lo que avocamos conocimiento de esta causa de acuerdo con lo establecido en el art. 184.1 de la Constitución Política de la República, art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y art. 1 de la Ley de Casación. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurrente sustenta su recurso en la Causal Quinta del art. 3 de la Ley de Casación, pues considera que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación y en consecuencia infringe lo dispuesto en el art. 76, numeral 7 literal l de la Constitución Política de la República. **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** **4.1** La Casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho, cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, esto es por violación directa o indirecta de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por interpretación errada de la misma; o en su defecto por las infracciones que tienen que ver con los derechos y garantías que integran el debido proceso, y dentro de él, uno de fundamental importancia y trascendencia para la validez de las resoluciones judiciales, como es la debida motivación. Este proceso exige un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico, para verificar la existencia de las causales invocadas y la procedencia del recurso. El recurso extraordinario de casación, no otorga a la Corte Nacional competencia para revisar el juicio en la perspectiva de resolver a cuál de los contendientes le acompaña la razón,

desde luego que su misión, a condición de que el recurrente sepa plantear bien la acusación y el recurso, se circunscribe a enjuiciar la sentencia gravada, a efectos de establecer si el Juez al pronunciarla, observó las normas jurídicas que debía aplicar para definir recta y motivadamente la controversia jurídica llevada a su examen. **4.2** Cuando como en este caso, el recurso se lo sustenta en la Causal Quinta del art. 3 de la Ley de Casación se debe tener en cuenta que dicha causal contempla los siguientes vicios: a) Que la sentencia no contuviese los requisitos exigidos por la ley, y b) Que en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles. En el primer caso vale decir que las sentencias no tienen un formato establecido, sino que su redacción obedece a principios lógicos en los que se estructura el documento para que sea comprensible, en él se explican los antecedentes de hecho del caso bajo juzgamiento, y el proceso de subsunción de los mismos a la norma jurídica a aplicarse, o a los principios y valores a los que hay que acudir en su falta, de lo que resultará la solución que da el Juzgador al problema puesto a su consideración. Teniendo como referencia los estándares nacionales e internacionales, y las buenas prácticas que recomienda la argumentación jurídica, su elaboración debe entonces responder a una estructura argumentativa que a partir de los antecedentes, teniendo en cuenta las premisas de las que se parte, dejen claro el problema que plantea el caso concreto, la motivación o justificación razonada, y que la decisión o resolución que se adopte, sea la única respuesta correcta. En el segundo caso, las decisiones contradictorias o incompatibles deben ser manifiestas, es decir que no basta que haya entre las disposiciones del fallo una contradicción cualquiera, sino que deben presentar una incompatibilidad de tal envergadura que se torne absoluta y notoria, y no permita establecer cuál es el genuino mandato jurisdiccional que debe ser objeto de cumplimiento. **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES FORMULADAS:** En el caso bajo análisis, el casacionista aduce que la sentencia recurrida carece de motivación, en razón de que no se señala ninguna norma jurídica en la que se funda la decisión de la causa, y tampoco se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho del caso en juzgamiento, razones por las que considera se ha inobservado lo dispuesto en el art. 76, numeral 7, letra l de la Constitución Política de la República, norma que prevé, "...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...". En consecuencia de lo dicho corresponde a este Tribunal determinar si la sentencia impugnada efectivamente carece de motivación como lo afirma el recurrente, para lo cual previamente se observa lo siguiente: **5.1** La motivación debe llevar implícita una justificación razonada y razonable por medio de la cual el Juez aborda los motivos en

los que sustenta su decisión. Es razonada en la medida en la que se unen de manera lógica y coherente una serie de ideas o razones que sirven de sustento para demostrar lo que se afirma. Es razonable en la medida en la que el resultado del análisis efectuado por el Juez se ajusta a la lógica y a la razón, es decir, no es incongruente o absurda. **5.2** Por otra parte vale tener presente que esta Sala, respecto a la motivación de las sentencias ha dicho lo siguiente: *“...La acusación de que en la sentencia se infringe la disposición constitucional de falta de motivación es de especial transcendencia, pues, la consecuencia inmediata de dicha acusación, implicaría la anulación de dicha sentencia, por tanto, cuando se acusa de la vulneración de motivación disciplinada como deber en toda resolución judicial, se exige que el recurrente indique, si la fundamentación de la sentencia ha sido mínima, insuficiente o carece totalmente de motivación y cuáles han sido las razones o elementos, que llevaron al Tribunal ad-quem a no motivarla debidamente. Además, en atención a que la motivación es un principio de carácter general, no es susceptible acusarla en forma directa, es indispensable indicar cuáles son las normas legales que desarrollan dicho principio, y cómo han sido infringidas por el Juez de instancia, situación que el recurrente omite en su fundamentación. b) Para que una resolución adolezca del vicio de falta de motivación, tendría que carecer de sustento jurídico y fáctico y, que su contenido no sea concreto, sino general e ininteligible, ilógico, irracional y abstracto, que no exista armonía entre las partes que la componen, que no sea clara en lo que expone ni coherente con la ley y la jurisprudencia’...”* En consecuencia de lo antes referido, resulta claro que para que una sentencia adolezca de falta de motivación esta debe ser absoluta, es decir debe carecer totalmente tanto de un sustento jurídico cuanto de un sustento fáctico, y adicionalmente su contenido debe ser, como se dijo en su momento, ininteligible, ilógico, irracional y abstracto. **5.3** Sobre una correcta motivación de las resoluciones judiciales, y el deber de motivar de los jueces y juezas, se aspira observen el cumplimiento de los siguientes requisitos: **i.** Que la motivación sea **“Expresa”** en los términos establecidos en el art. 276 del Código de Procedimiento Civil². **ii** Que sea **“Clara”** en los términos establecidos en el art. 274 del Código de Procedimiento Civil³. **iii.** Que sea **“Completa”** es decir que resuelva todos los puntos sobre los que se trabó la Litis y los incidentes suscitados durante el juicio en los términos establecidos en el art. 273 del Código de Procedimiento Civil⁴. **iii.** Que sea **“Legítima”** es decir sustentada en pruebas debidamente actuadas, legales y válidas en los términos establecidos en el art.

117 del Código de Procedimiento Civil⁵. Y, **iiii.** Que sea **“Lógica” y “razonada”**, es decir que se observen principios lógicos, o que estos se sustenten en la razón y el derecho, sobre los que se construya un fallo adecuado, articulado a un razonamiento justificativo que es la base y fundamento de toda motivación. (Lo resaltado pertenece al Tribunal de la Sala). **6.** En el caso bajo análisis, el Tribunal de instancia en la sentencia emitida resalta el análisis del vínculo biológico establecido, mediante estudio comparativo de ADN presentado por la Cruz Roja Ecuatoriana en cuya parte pertinente se establece que, *“...Según se desprende de los datos reproducidos en la Tabla de Resultados adjunta, en todas las comparaciones realizadas se observó la existencia de compatibilidad genética entre el señor SERENI GRANJA ANGEL DAVID con cédula de identidad XX y (el/lla) menor SERENI FREIRE CARLA con cédula de identidad Nro. XX Los resultados obtenidos NO EXCLUYEN al señor SERENI GRANJA ANGEL DAVID como padre posible de (el/lla) menor SERENI FREIRE CARLA ANDREA. Los cálculos realizados, sobre la base de los resultados indican una PROBABILIDAD DE PATERNIDAD (W) estimada de 99,9952962341594 % y un ÍNDICE DE PATERNIDAD (IP) estimado de 21258,5616762921. Esto significa que resulta 21258,5616762921 veces probable que el padre alegado sea el padre biológico respecto de lo que fuera cualquier otro individuo de la población general.”* Al respecto lo que ha dicho el Tribunal Ad quem, es que este informe resulta determinante, y con él la actora ha justificado los fundamentos de su demanda; criterio que compartimos plenamente, si se considera que la prueba de ADN legalmente practicada con resultado positivo, científicamente es incontrovertible, decisiva y determinante para este tipo de causas, lo que implica que el Juzgador ha emitido un fallo razonado y razonable que le ha permitido arribar a una decisión acertada en base al informe antes mencionado. No por ello este Tribunal puede pasar por alto ni dejar de observar, que si bien el fallo impugnado satisface los requisitos mínimos de la motivación, no cumple los estándares a los que debe aspirar la Función Judicial en el ejercicio de esta potestad pública acorde con la exigencia constitucional, pues conforme ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos la motivación, *“... es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho administra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el*

¹ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, Resolución Nro. 0175-2012; Juicio 083-2012 Rosero vs. Yasig.

² Art. 276. 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. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Art. 117. Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

marco de una sociedad democrática...”⁶. De lo dicho se concluye que si bien el fallo impugnado no tiene motivación completa sino mínima, esta es suficiente para el caso en cuestión, y en consecuencia al no verificarse la falta de motivación acusada, se desestima el cargo por carecer de sustento. Por lo expuesto, este tribunal de la Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA** al negar el recurso deducido sobre la sentencia de fecha 12 de enero de 2013; a las 11h00, dictada por la Segunda Sala de

lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, no casa la sentencia impugnada. Con costas a cargo del recurrente. En \$200,00 se regula los honorarios profesionales del Abogado Defensor de la demandante. Sin multa. **Notifíquese y devuélvase** con el ejecutorial.

f) **Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional.**

⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrera y otros vs. Venezuela, párrafo 7.

SALA DE LO LABORAL

DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO LABORAL

I

Juicio nro. 921-2010

Juicio laboral propuesto por Bertha Alexandra García Horna en contra de Compañía Automotores de la Sierra S.A.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia casa parcialmente el fallo dictado por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo al hallar que existe un error en el cálculo de las horas suplementarias reclamadas por la actora accionante del presente recurso. En el contrato de trabajo como en el contrato ampliatorio suscrito con posterioridad, no se establece un horario de trabajo que justifique el pago de horas suplementarias.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DE TRABAJO ORAL. Riobamba, 23 de septiembre del 2009. Las 11h12.

VISTOS: Bertha Alexandra García Horna comparece al Juzgado y presenta demanda laboral en los siguientes términos: Luego de una selección de personal a mediados del mes de agosto del año 2001, inicié mis labores en calidad de cajera para la Compañía Automotores de la Sierra S.A., en el establecimiento que en aquel entonces lo tenía ubicado en esta ciudad de Riobamba, Av. La Prensa 45-86 y Manuel Elicio Flor. Resaltando que los días laborados en el mes de agosto y el mes de septiembre del año 2001 se me canceló mi remuneración mediante un cheque del Banco de Guayaquil, pero no se me hizo constar en los roles de pago de la empresa. Pese a encontrarme laborando, el primero de octubre del 2001 en esta ciudad de Riobamba se me requirió la suscripción de un contrato de trabajo entre la compareciente y la Compañía Automotores de la Sierra S.A., representada en ese entonces por el señor Patricio Sevilla Cobo, quien era su Gerente General. Como plazo de duración de dicho contrato se pactó el de un año y como remuneración inicial la suma de 148.00 dólares, más 32 dólares de componentes salariales en proceso de unificación y todos los beneficios de ley; el horario era de lunes a viernes de 08h30 y 13h00 y de 14h30 a 18h00; los días sábados de 09h00 a 13h00. Posteriormente, desde el 01

de septiembre del año 2004 en que se me exigió la firma de un nuevo documento, que lleva como título Ampliación de Contrato de Trabajo, suscrito esta vez por el Ing. José Luis Sevilla Gortaire como Gerente General, se pretendió exigir que la compareciente renuncié a mis legítimos derechos y a pesar de haber laborado con exceso la jornada de trabajo, mediante este documento se me desconocía el pago de las horas extraordinarias y suplementarias laboradas para mi empleador; pues pese a haberse estipulado en el contrato y ampliación, mi trabajo efectivamente lo realicé en forma ininterrumpida de lunes a viernes y en horario de 08h30 a 13h00 y 14h30 a 19h00; y los sábados de todos las semanas durante el tiempo de la relación laboral de 08h30 a 15h00; sin que se me hayan reconocido las horas suplementarias y extraordinarias laboradas; mi última remuneración fue de 350.00 dólares americanos. Por mi parte el trabajo lo cumplí a cabalidad y debido al manejo contable que se encontraba a mi cargo, se realizaron arqueos de caja y cuadros mensuales de cuentas periódicas, sin que se me haya observado de ninguna forma en mi trabajo, hasta cuando debido a mi estado de embarazo, por disposición de la Gerencia, desde el 13 de junio del año 2007 se dispuso que me reemplazara en mi trabajo otra compañera, cumpliendo las funciones de cajera, hecho que continué en lo posterior por mi período de lactancia; mientras tanto en la empresa se implementó un cambio de sistema informático, sumando la atención diaria a los clientes y el hecho de estar compartiendo el trabajo con otras personas, hicieron que me retrase en mis labores, presentándose algunos problemas administrativos que tornaron insostenible la presión de mis superiores en mi situación laboral, a tal punto de que el día 21 de abril del 2008 mientras estaba en mi domicilio, en horas de la mañana recibí una llamada telefónica de parte del señor Fabrizio Tormen Vásconez, quien pese a laborar en la ciudad de Ambato se encontraba conjuntamente con el abogado de ASSA en esta ciudad; ejecutivo de la compañía que manifestó que de manera urgente asistiera a una reunión en las instalaciones de ASSA Riobamba, ubicada en la Panamericana Norte, Calle Río Guayas y Río Bulubulu, encontrándose presentes los señores Santiago Guevara, Dr. Ernesto Sevilla Callejas, mi compañera de trabajo Nely Imelda Ayala Rivera y su hermano; habiendo sido obligada por parte del señor Santiago Guevara, funcionarios y abogado de ASSA, a suscribir un documento preparado por ellos y que contenía mi supuesta renuncia al trabajo, que tiene como fecha 18 de abril del 2008. Hecho que fue conocido por el personal que laboraba en ASSA Riobamba, ya que idéntica

situación aconteció con la otra trabajadora que se negó a suscribir la renuncia. Asimismo debo poner en su conocimiento, que el día 18 de marzo del 2008 se me obligó a la compareciente y a mi cónyuge Henry Cabezas a suscribir una letra de cambio en blanco y en garantía por un supuesto faltante en las arcas de ASSA, como también se había procedido con mi otra compañera de trabajo. Razón por la que en la actualidad tanto la compareciente como ni ex compañera Nely Ayala nos encontramos afrontando acciones legales civiles y penales por los mismos motivos; y así ha sido el actuar de esta empresa como lo demostraré oportunamente. Lo grave de mi situación es que luego de obligarme a suscribir mi renuncia que tiene fecha de 18 de abril del 2008, el señor Santiago Guevara me manifestó que para evitarme problemas debía suscribir una supuesta Acta de Finiquito, en la que aparecía como que se había practicado una liquidación que ascendía a la suma de 614.70 dólares americanos y el rol de pagos del mes de marzo del año 2008, sin que se me haya entregado ni un solo centavo de la presunta liquidación, ni del pago del mes de marzo del 2008. Asimismo en la ciudad de Ambato la señora María Aurelia Cobo, Jefa de Personal que labora en dicha ciudad, me manifestó que por disposición de sus superiores debía conseguir que la compareciente firme el reporte de utilidades del año 2007, para ser presentado al Ministerio de Trabajo; valores que tampoco me han sido cancelados. No así las utilidades del mes de abril del año 2008 que recién el 15 de abril del presente año me fueron canceladas mediante un cheque de ASSA. Durante el tiempo que presté mis servicios para la empresa demandada no se me han reconocido en su integridad mis remuneraciones ni beneficios legales, aportaciones individuales y fondos de reserva al Seguro Social Ecuatoriano, las décima tercera, décima cuarta, décima quinta y décima sexta remuneraciones, vacaciones, horas suplementarias y extraordinarias, utilidades, diferencias salariales y los demás beneficios que determina el Código de Trabajo. Con estos antecedentes, en juicio de procedimiento oral demanda a los señores José Luis Sevilla Gortaire, Fabrizio Tormen Vásconez y Santiago Guevara Imbaquingo, en sus calidades de Gerente General, Gerente Comercial y ex Gerente de la Agencia Riobamba, respectivamente, de la Compañía Automotores de la Sierra S.A., para que en sentencia sean condenados al pago de los valores determinados en la demanda inicial. La cuantía la fija en veinte mil dólares. Se citó a los demandados, quienes comparecen a juicio. Realizada la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, a ésta concurre la actora señora Bertha Alexandra García Horna junto con su defensor Dr. Luis Bayas Vela; por otra parte comparecen los Drs. Ernesto

Sevilla Callejas y Patricio Riofrío Carranza, con procuración judicial otorgada por los demandados señores Ing. José Luis Sevilla Gortaire, Gerente y Representante legal de Automotores de la Sierra ASSA, Ing. Fabrizio Tormen Vásconez e Ing. Santiago Guevara Imbaquingo, mediante escrituras públicas que se encuentran agregadas al proceso. Iniciada la diligencia y ante la imposibilidad de lograr un acuerdo transaccional que ponga fin al juicio, se concede la palabra a los demandados para que contesten la demanda, contestación que la realizan en escrito de fs. 20 a 20vta. Y en la que entre otras cosas expresan: Alegamos que todas las peticiones de la actora son ilegales e indebidas, alegamos falta de causa, violación de trámite, falta de derecho de la actora, ilegitimidad de personería; falta de legítimo contradictor, prescripción de la acción, falta de competencia. Negamos pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la presente demanda, improcedencia de la misma en la forma y en el fondo; alegamos nulidad procesal por violación de solemnidades sustanciales inherentes al proceso; oscuridad de la demanda, por cuanto la actora no especifica la persona usuaria quien le despidió, así mismo a quién exige la cuantiosa indemnización; no nos allanamos a las nulidades de las que adolece la presente causa. La actora entró en laborar en ASSA el 1 de octubre del 2001, tal como lo demostraremos con el original del contrato de trabajo y aviso de entrada al IESS. La actora nunca fue despedida al contrario renunció libre y voluntariamente. Su autoridad se servirá desechar la demanda. Como prueba solicitan declaración testimonial de Carlos Chacón Lascano y Santiago Rodríguez Ricaurte, confesión judicial de la actora. La actora solicita confesión judicial de los demandados, declaración testimonial de Ana Lucía Rojas Alarcón, Mayra Miño Andino, Patricia Ortega Asitimbay, juramento deferido, que se oficie al señor Juez Cuarto de Garantías Penales de Chimborazo, a la Superintendencia de Bancos, a los señores Jueces Quinto y Sexto de lo Civil de Tungurahua, a Automotores de la Sierra S.A., al Servicio de Rentas Internas en Riobamba y Ambato, al señor Inspector de Trabajo de Chimborazo y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a fin de que remitan documentación relacionada con el juicio. Una vez proveídas estas pruebas se señala día y hora para la audiencia definitiva y se da por concluida la audiencia preliminar. Realizada la audiencia definitiva, a ésta concurre la actora señora Bertha Alexandra García Horna junto con su defensor Dr. Luis Bayas Vela. Por otra parte comparecen los demandados señores Ing. Fabrizio Tormen Vásconez e Ing. Romero Santiago Guevara Imbaquingo, junto con su defensor Dr. Patricio Roberto Riofrío Carranza y éste a su vez con procuración judicial otorgada por el demandado señor Ing.

José Luis Sevilla Gortaire, Gerente y Representante Legal de Automotores de la Sierra S.A.; en esta audiencia declaran los testigos de la actora Ana Lucía rojas Alarcón, Mayra Miño Andino y Patricia Ortega Asitimbay, los testigos de la parte demandada Carlos Chacón Lascano y Santiago Rodríguez Ricaurte, se le declara confeso al demandado Ing. José Luis Sevilla, Gerente de Automotores de la Sierra S.A.; los demandados Ing. Fabrizio Tormen Vásconez e Ing. Romero Santiago Guevara Imbaquingo rinden confesión judicial; la actora confesión judicial y juramento deferido; las partes realizan sus alegatos y se da por concluida la audiencia definitiva. Siendo el estado del juicio el de dictar sentencia para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido, en él no se ha omitido solemnidad sustancial alguna y se le ha dado el trámite oral previsto en los arts. 575 y siguientes del Código del Trabajo. Dado el tiempo transcurrido desde cuando concluyó la relación laboral hasta cuando se citó con la demanda a los demandados, resulta improcedente la excepción de prescripción de la acción, tampoco existe falta de legítimo contradictor. **SEGUNDO:** Con la contestación dada a la demanda, roles de fs. 34 a 109, certificación del IESS de fs. 216 a 219, está justificada la relación laboral, la misma que se tendrá desde el 1 de octubre del 2001, según la señalada certificación; hasta el 18 de abril del 2008, fecha en la que la actora presenta su renuncia. Como sueldos los que constan en los señalados roles. **TERCERO:** No hay lugar a indemnizaciones por despido intempestivo; la relación laboral concluyó por renuncia presentada por la demandante, fs. 466; no se ha justificado que la señalada renuncia sea como consecuencia de la presión ejercida por el empleador. En consideración a la remuneración percibida por la actora, no hay diferencias salariales que liquidar, tampoco procede el reclamo sobre los remanentes no incorporados a la remuneración. Las utilidades del año 2007 se hallan pagadas, rol de fs. 121; tampoco se ha justificado el derecho a diferencias por este rubro. El décimo tercero y décimo cuarto sueldos del año 2007 se hallan pagados, roles de fs. 125 a 150. **CUARTO:** Procede el pago de 102.08 dólares por el proporcional del décimo tercer sueldo del último año de labores, 53.33 dólares por el proporcional del décimo cuarto sueldo del mismo período; 80.28 dólares por vacaciones de octubre 2007 a abril 18 del 2008; 209.99 dólares por los 18 días laborados en el abril del 2008; y 19.77 dólares por intereses, el mes de marzo del 2008 está pagado, rol de fs. 108. El acta de finiquito que obra de fs. 151 a 151 vta. Ha sido impugnada por la actora, impugnación que se le acepta por cuanto dicha acta no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 595 del Código de Trabajo. **QUINTO:** Con prueba testimonial y confesión

judicial de los demandados, se ha justificado el trabajo suplementario realizado por la señora García Horna durante la relación laboral, en un promedio de 10 horas mensuales, por lo que se le debe pagar 1.316.97 dólares; con la misma prueba se ha determinado el derecho a una diferencia por trabajo extraordinario, la misma que asciende a 1.472.77 dólares; en estos dos últimos rubros consta el recargo establecido en el artículo 55 del Código del Trabajo. Por las consideraciones expuestas; **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se acepta parcialmente la demanda, se dispone que los demandados señores Ing. José Luis Sevilla Gortaire, Gerente General de Automotores de la Sierra S.A., Fabrizio Tormen Vásconez, Gerente Comercial de la señalada empresa y Santiago Guevara Imbaquingo, Ex Gerente de la Agencia Riobamba de la Compañía de Automotores de la Sierra S.A., paguen a la actora señora Bertha Alexandra García Horna, la suma de tres mil doscientos cincuenta y nueve dólares con diecinueve centavos (3.259.19 dólares), monto al que ascienden los rubros señalados en líneas anteriores. En ciento cincuenta dólares se regulan los honorarios de la defensa de la actora. **Notifíquese.** Dr. Edgar Romo Yáñez, Juez.

APELACIÓN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CHIMBORAZO. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL. Riobamba, viernes 23 de julio del 2010. Las 09h38.

VISTOS: La presente causa llega a conocimiento de esta instancia superior por el Recurso de Apelación que interponen los representantes legales de Automotores de la Sierra a fs. 510 y a fs. 513 así como también la demandante contra la sentencia emitida por el Juez Oral de Trabajo, el mismo que acepta parcialmente la demanda, ordenando que los demandados: José Luis Sevilla Goitaire, Gerente General de Automotores de la Sierra S.A., Fabrizio Tormen Vásconez Gerente Comercial de la empresa y Santiago Guevara Ambaquingo, ex gerente de la agencia en Riobamba, paguen a la señora Bertha Alexandra García Orna la suma de tres mil doscientos cincuenta y nueve dólares con diecinueve centavos. El accionante comparece con su demanda de fs. 03 a 05 manifestando lo siguiente: que luego de una selección de personal a mediados del mes de agosto del 2001, inicié mis labores en calidad de cajera para la compañía Automotores de la Sierra S.A., en el establecimiento que en aquel entonces estaba ubicado en la Av. La Prensa 45-56 y Manuel Elicio Flor de esta

ciudad, resaltando que los días laborados en los meses de agosto y septiembre del 2001, me cancelaron la remuneración mediante un cheque del Banco de Guayaquil sin hacerme constar en roles de pago de la Empresa, luego de estar laborando el 01 de octubre del 2001 se me pidió que se suscriba un contrato de trabajo entre la compareciente y el señor Patricio Sevilla Goitaire, Gerente General de ese entonces de ASSA, el plazo del contrato fue de un año, siendo la remuneración inicial de ciento cuarenta y ocho dólares más treinta y dos dólares por componentes salariales más otros beneficios de ley, estipulándose como horario de trabajo de lunes a viernes de 8h30 a 13h00 y de 14h30 a 16h00 y los sábados de 09h00 a 13h00, posteriormente el 01 de septiembre del 2004, se me exigió la firma de un nuevo documento que tenía el título de ampliación de contrato de trabajo, suscrito entre el Ing. José Sevilla Goitaire y la compareciente, pretendiendo a que renuncie a mis legítimos derechos a pesar de haber laborado un exceso de jornada de trabajo, mediante este documento se desconocía mis derechos al pago de horas extraordinarias y suplementarias, pues se había firmado el contrato de ampliación y mi horario de trabajo en forma ininterrumpida era de lunes a viernes de 08h30 a 13h00 y de 14h30 a 19h00 y los sábados de 08h30 a 15h00, sin que se me reconociera las horas suplementarias y extraordinarias, siendo mi última remuneración de trescientos cincuenta dólares americanos, quiero recalcar que mi trabajo lo cumplí con responsabilidad y a cabalidad, debido al manejo contable que se encontraba a mi cargo, se hizo cuadros mensuales, arqueos de caja, sin que se me haya observado en mi trabajo hasta mi estado de embarazo por disposición de la gerencia desde el 13 de junio del 2007 al hacer uso de mi derecho de maternidad se dispuso mi reemplazo a otra compañera cumpliendo las funciones de cajera, hecho que continuó por el período de lactancia, por lo tanto la empresa implementó un cambio de sistema informático sumado a la atención diaria a los clientes y el hecho de estar compartiendo el trabajo con otra persona hicieron que me retrase en mis labores presentándose problemas de carácter administrativo que se tornaron insostenibles y ante la presión de mis superiores el 21 de abril del 2008 mientras estaba en mi domicilio lista para salir a trabajar recibí una llamada de Fabrizio Tormen quien labora en Ambato ya que se encontraba con el Ab. De ASSA en esta ciudad, manifestando de manera urgente que asistiera a una reunión en ASSA en la ciudad de Riobamba, encontrándose Antonio Guevara, Ernesto Sevilla, Nely Rivera habiendo sido obligada por parte de Santiago Guevara y los otros funcionarios de ASSA a suscribir un documento preparado por ellos, en la que contenía una renuncia de fecha 18 de

abril del 2008 y ante esta actitud la otra trabajadora se negó a suscribir la renuncia, aclarando que el 18 de marzo del 2008, se me obligó con mi cónyuge Henry Cabezas a suscribir una letra de cambio en blando y en garantía por un supuesto faltante en las arcas de ASSA, por este motivo la compareciente como mi ex compañera Nelly Ayala, nos encontramos en juicios civiles y penales, este es el actuar de la empresa; lo grave es que luego de obligarme a que suscriba la renuncia Santiago Guevara me indicó que firme una acta de finiquito en la que aparecía que la liquidación era de seiscientos catorce dólares con setenta centavos, sin que hayan entregado nada por la liquidación, tampoco le han sido reconocidas las utilidades del 2007, que durante el tiempo que presté los servicios lícitos y personales para la empresa demandada no me han reconocido las remuneraciones en su integridad ni beneficios legales, aportaciones individuales y fondos de reserva al IESS como tampoco me han reconocido el décimo tercero, cuarto, quinto y sexta remuneración y otros beneficios sociales que tiene el trabajador amparado en el Código del Trabajo. Con los antecedentes expuestos y amparándose en lo que disponen los arts. 326 numerales 2, 4 y 14 así como el art. 328 de la Constitución de la República y en concordancia con los arts. 7, 8, 12, 37, 41 numeral 1, 42, 47, 50, 51 numeral 2, 55, 65, 69, 71 y otros del Código del Trabajo codificado, concurro ante su autoridad y demando a José Luis Sevilla Goitaire, Fabrizio Tormen Vásconez y Santiago Guevara en sus calidades de Gerente General, Gerente Comercial y ex Gerente de la Agencia de Riobamba, quienes fungen la representación ASSA en las ciudades de Ambato y Riobamba ya que he laborado desde el 01 de octubre del 2001 al 21 de abril del 2008 demando 18 rubros que se indican en la demanda inicial, en trámite de procedimiento oral como lo disponen los arts. 573 y 575 del Código del Trabajo, la cuantía la fija en veinte mil dólares. Calificada y admitida a trámite de procedimiento oral en Auto de fs. 05 y 05 vlta., se dispone la citación de los demandados mediante deprecatorio al Juez de Tungurahua diligencia que consta a fs. 11 en persona y por boletas compareciendo los mismo a fs. 15 señalando casillero judicial y la autorización sus abogados defensores de la misma manera comparecen a fs. 20 proponiendo las excepciones: alegan que las pretensiones de la actora son ilegales e indebidas, alegan falta de causa y violación del trámite, ilegitimidad de personería, falte de legítimo contradictor, prescripción de la acción, niegan los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, alagan nulidad procesal por la violación al trámite, alegan improcedencia de la acción, oscuridad indicando que la actora entró a laborar en ASSA el 01 de octubre del 2001, de que la actora no fue

despedida, por el contrario de forma libre y voluntaria renunció a su trabajo, a fs. 24 anuncian la prueba y piden las siguientes diligencias: que reproduzca todo cuanto de Autos le sea favorable, impugna y rechazan todo cuanto de Autos le sea desfavorable, en especial rechazan las declaraciones de testigos por ser parcializados y no conocer de los hechos, que se nombre un perito contable a fin de que se restablezca los rubros de la actora, se señale el día y hora para que la actora rinda confesión judicial sin mandatario o poder alguno, se reservan el derecho de repreguntar a los testigos de la contraparte, que se dicte día y hora para que Carlos Chacón Lascano y Santiago Rodríguez Ricaurte respondan a las preguntas que sean formuladas, en escrito de anunciación de prueba de fs. 25 a 27 pide las diligencias: que se reproduzca todo cuanto de Autos fuera favorable, impugna todo cuanto de Autos fuera desfavorable, impugna la supuesta acta de finiquito ya que fue obligada por parte de los demandados a suscribir el 18 de abril del 2008, impugnan el reporte de utilidades del 2007 y que jamás se le canceló por este concepto, que se disponga que ASSA, exhiban en su judicatura varios documentos que se solicitan, que se oficien al Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Chimborazo para que confiera copias en el proceso nro. 1136-2008, por la denuncia presentada por Fabrizio Tormen Gerente de ASSA, que se oficie a la Superintendencia de Bancos en Quito a fin de que certifique que ASSA está autorizada para garantizar intermediación financiera es decir si puede dar préstamos al público y captar intereses que se obtenga de la secretaría del Juzgado a su cargo copias del proceso nro. 238-2008, seguido por Nely Ayala Rivera, que se oficie a la empresa ASSA, en la ciudad de Ambato a fin de que se confiera copias de varias informaciones que se oficie al Juzgado Sexto de lo Civil de Ambato para que se obtenga copias certificadas del juicio nro. 417-2008 seguido en contra de Nely Ayala, que se oficie al SRI de Riobamba y Ambato a fin de que confiera copias certificadas de las declaraciones del impuesto a la renta, que en la audiencia definitiva se recepte el juramento deferido, que se recepten las declaraciones de los testigos Ana Rojas, Mayra Miño y Patricia Ortega, que se oficie a la Inspectoría de Trabajo a fin de que se obtenga varios documentos que se indica en el numeral 15, que se oficie al IESS para que certifique sobre las aportaciones de fondos de reserva a favor de la actora por parte de ASSA, que se recepten las confesiones judiciales de José Sevilla, Fabrizio Tormen, Santiago Guevara, de fs. 28 a 30 se aprecia la diligencia de audiencia preliminar a la que comparecen Ernesto Sevilla y Patricio Riofrío en sus calidades de procuradores judiciales de los representantes legales de ASSA y por otra parte el Dr. Luis Bayas Vela abogado de la actora y

ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo transaccional, la parte demandada hace su exposición en derecho y pide que sean proveídas todas las pruebas y más diligencias solicitadas en su escrito de anunciación de prueba, así como también la actora, se afirma y ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda piden que se provean las pruebas que sean anunciadas por escrito. De fs. 493 a 501 vlta., consta la audiencia definitiva en donde fueron judicializadas todas las pruebas solicitadas tanto por la parte actora como por la demandada, así como se presentan los correspondientes informes en derecho. Encontrándose la causa en estado para resolver se considera. **PRIMERO:** Que la competencia se ha radicado en esta Sala en razón de la materia. **SEGUNDO:** Se declara la validez procesal porque, se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales que para esta clase de juicios se requiere. **TERCERO:** Tanto actor como demandado están en la obligación de dar cumplimiento a lo que disponen los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, como ley supletoria al Código del Trabajo. **CUARTO:** La actora en la audiencia definitiva pide que se recepte las declaraciones de los testigos Ana Lucia Rojas, Mayra Alexandra Miño, Patricia Monserrath Ortega, que al responder a la pregunta 1 dice que la demandante trabajó en calidad de cajera para la empresa ASSA agencia Riobamba, y que este trabajo lo realizó desde el mes de agosto del 2001 hasta el 21 de abril del 2008, siendo su horario de trabajo de 08h30 a 13h00 y 14h30 a 19h00, de lunes a viernes los sábados trabajaba de 08h30 a 15h00 y al responder las repreguntas formuladas por la parte demandada si le consta de que la actora fue despedida en su trabajo dice que desconoce y que no recibía pagos por horas extras la testigo Patricia Ortega, al responder la pregunta 1 dice que le llamó a la demandante le indicó que ha sido despedida de su puesto de trabajo los demandado Ing. Romeo Santiago Guevara Imbaquingo, Fabrizio Tormen Vásconez, al responder la pregunta 2 dice que es Gerente Comercial de ASSA la actora le adeuda un faltante de dieciocho mil quinientos dólares, que se dio en la caja de la agencia de la ciudad de Riobamba, al responder la pregunta 13 dice que hay acciones legales que se iniciaron en contra de García Orna y de Nely Ayala, la primera fue cajera y la segunda recepcionista, con respecto a José Sevilla Gerente de ASSA se le ha declarado confeso, se le recepta el juramento deferido a Bertha García Orna la misma que manifiesta que ingresó a laborar en ASSA a mediados de agosto del 2001 y que salió el 21 de abril del 2008, siendo su primer sueldo de ciento ochenta dólares y siendo su último sueldo de trescientos cincuenta dólares. **QUINTO:** La parte demandada presenta a los testigos Carlos Chacón Lascano y Santiago Rodríguez Ricaurte

que al responder la pregunta 2 dice que todos los pagos de sueldos y salarios lo hace la empresa y que el pago de horas extras y suplementarias consta en el rol de pagos y que cada uno tiene una cuenta en PRODUBANCO; y al contestar las preguntas de la parte actora dice que el horario es de 8h00 a 13h00 y de 14h30 a 16h00, y los sábados de 08h00 a 13h00, se recibe la confesión judicial de Bertha García Orna, al responder la pregunta 1 dice que laboró en ASSA hasta el 21 de abril del 2008, que ha sido despedido por Fabrizio Tormenn (sic), Santiago Guevara y Ernesto Sevilla, que fue despedido a eso de las 11h00 de ese día y al responder la pregunta 5 dice que fue despedida, bajé llorando de la sala estuvo la facturadora Silvia Noboa ella me vio y me retiré a la casa, que fui despedida en presencia del Dr. Ernesto Sevilla y Nely Ayala. En esta audiencia definitiva se han judicializado todas las pruebas que fueron anunciadas por los litigantes y se saca como conclusión que la actora tuvo relación laboral con la parte demandada según los roles de fs. 34 a 109, certificación del IESS de fs. 216 a 219, la misma que se tendrá desde el 01 de octubre del 2001 hasta el 18 de abril del 2008. **SEXTO:** El despido intempestivo alegado por la demandante según la doctrina significa privar de la ocupación, empleo, actividad o trabajo, estrictamente es la ruptura o la disolución del contrato o relación de trabajo realizado unilateralmente por el empleador, particular que no ha sido demostrado y probado, y que la relación laboral concluyó por la renuncia de la trabajadora. **SÉPTIMO:** Procede el pago de ciento dos dólares con ocho centavos por el proporcional del décimo tercer sueldo del último año de trabajo, cincuenta y ocho dólares con treinta y tres centavos en proporcional del décimo cuarto sueldo por el mismo período, ochenta dólares con veinte y ocho centavos por vacaciones de octubre del 2007 a abril del 2008, doscientos nueve dólares con noventa y nueve centavos por los dieciocho días laborados en abril del 2008, dieciocho dólares con setenta y siete centavos por intereses, la acta de finiquito ha sido impugnada por la demandante, impugnación que dicho documento no cumple con los requisitos del art. 595 del Código del Trabajo, tanto de la prueba testimonial como de la confesión judicial rendida por los demandados en la audiencia definitiva se demuestra el trabajo suplementario realizado por la accionante durante el tiempo de relación laboral es decir de un período de diez horas mensuales por lo que se debe pagar mil trescientos dieciséis dólares con noventa y siete centavos, mil cuatrocientos setenta y dos dólares con setenta y siete centavos, por estos dos rubros que establece el art. 55 del Código del Trabajo. Por lo expuesto esta Sala una vez que ha revisado y valorado las pruebas que han sido anunciadas dentro de la etapa procesal

correspondiente las mismas que fueron judicializadas en la audiencia de prueba entre las que se encuentran: declaraciones de testigos, confesiones judiciales, juramento deferido de la actora y una serie de documentos que consta de Autos amparándose a lo que disponen los arts. 169 y 172, incisos 1 y 2 de la Constitución de la República y en concordancia con el art. 612 del Código del Trabajo **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** se CONFIRMA, la sentencia venida en grado. NOTIFÍQUESE.

f) **Dr. Eduardo Hernández, Dr. Gonzalo Machuca y Dr. Polibio Alulema JUECES PROVINCIALES**

RECURSO DE CASACIÓN

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN SU NOMBRE Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, LA SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL. Quito, 03 de diciembre del 2012, a las 10h00.-

VISTOS: Integrado constitucional y legalmente este Tribunal, avocamos conocimiento del proceso en nuestras calidades de Jueza y Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, al haber sido designados y posesionados el 26 de enero de 2012. **ANTECEDENTES.** La actora, BERTHA GARCÍA HORNA, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Chimborazo, dentro del juicio laboral que sigue en contra de José Sevilla Gortaire y otros, recurso que ha sido admitido por la Sala de Conjuces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, y habiéndose corrido traslado a la contraparte, ésta no ha contestado.- Encontrándose el juicio en estado de resolver, se considera lo siguiente: **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso en virtud de lo previsto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 613 del Código del Trabajo; 1 de la Ley de Casación; a las Resoluciones de integración de las Salas; y, al resorteo de causas realizado el 03 de agosto de 2012. **FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE.** La accionante, fundamenta su recurso en las causales tercera y cuarta, del Art. 3 de la Ley de Casación; señala que se ha infringido el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil y numerales 2 y 4 del arto 55 del Código del Trabajo. **NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.** La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76,

numeral 7, literal m, reconoce el derecho de todos los ecuatorianos y ecuatorianas a “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Art. 8.2.h reconoce el: “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; siendo este instrumento internacional vinculante para nuestro Estado, por así disponer la Carta Fundamental en el Art. 425; más aún, cuando nos encontramos viviendo en un nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia y totalmente garantista, “el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”¹ y que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde entre otros a los jueces y juezas su aplicación. **NÚCLEO DEL RECURSO, ANÁLISIS EN CONCRETO Y CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

a).- La casación significa realizar el control del derecho en la actividad de los jueces, que éstos, en el desempeño de sus actividades específicas de administrar justicia, actúen con estricto sometimiento al ordenamiento legal², con el objeto fundamental de evitar las arbitrariedades que puedan cometer los juzgadores. **b).**- La reclamante fundamenta su recurso en la causal tercera, del Art. 3 de la Ley de Casación, causal que procede por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas 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 denominada por la doctrina como de violación indirecta de la norma sustantiva, engloba tres vicios de juzgamiento, por los cuales puede interponerse el recurso, vicios que deben dar lugar a otros dos modos de infracción; de forma que para la procedencia del recurso por esta causal, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: la primera, indebida aplicación, o falta de aplicación, o errónea interpretación de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba” y la segunda de normas de derecho; debiéndose determinar en forma precisa cuáles son los preceptos jurídicos supuestamente violados y por cuál de los vicios, y argumentar cómo aquella violación ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia. Para que prospere la casación por esta causal, el recurso debe cumplir con los siguientes requi-

sitos: 1.- Identificar la norma procesal; 2.- Demostrar en qué forma se ha violado la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo.- 3.- El que también se debe identificar en forma precisa; 4.- Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no aplicada como efecto del error de valoración probatoria.- **c).**- El literal l, del numeral 7, del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: “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.” La motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”³.- Dando cumplimiento a esta norma constitucional este Tribunal de Casación fundamenta su resolución de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia y considera que procede el análisis de las causales por errores “in judicando”, 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. **d).**- Con el objeto de verificar si en realidad se han producido los vicios que sostiene la casacionista, este Tribunal, considera procedente realizar la contrastación entre las argumentaciones realizadas y el fallo impugnado y concluye lo siguiente: **1.-** La controversia se sitúa porque la recurrente aspira a que se pague las horas suplementarias con el recargo correspondiente, conforme lo disponen los numerales 2 y 4 del artículo 55 del Código del Trabajo. Al efecto, revisado el acervo procesal encontramos a fs. 22 y 23 del cuaderno de primer nivel, que entre las partes suscribieron un contrato de trabajo, el 01 de octubre del 2001, documento del que se desprende que la jornada laboral es de ocho horas diarias de lunes a viernes y los sábados de cuatro horas, es decir, con un promedio de dieciséis horas mensuales suplementarias. No obstante que la accionante señala que mediante un contrato ampliatorio que consta a fs. 473 y 474 del quinto cuerpo, celebrado el 01 de

¹ FERRAJOLI, Luigi, Democracia y Garantismo, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2008. Pág. 35

² Andrade Ubidia, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Págs. 15 - 16

³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, párrafo 77.

septiembre del 2004 se le amplió el horario de trabajo, estos, de 08h30 a 13h00 y de 14h30 a 19h00 de lunes a viernes, y los sábados, de 08h30 a 15h00, examinado dicho contrato no existe tal ampliación; por lo que, se entiende que la relación laboral en torno a la jornada diaria se mantuvo hasta la culminación de la misma, vale decir hasta el 18 de abril del 2008; más aún, cuando los testigos presentados por las partes no coinciden en sus declaraciones y más bien se aprecia que tienden a favorecer a quien solicitó su comparecencia. **1.1.-** En la sentencia impugnada encontramos que tanto el Juez aquo, como el Tribunal ad quem, establecen erróneamente como trabajo suplementario de la actora un periodo de apenas diez horas mensuales, cuando de una simple operación matemática, fácilmente se puede colegir que es de dieciséis horas al mes. En consecuencia cabe una reliquidación del pago de las horas suplementarias correspondientes a todos los días sábados que duró la relación labora.- **2.-** En cuanto a la causal cuarta, del artículo 3 de la Ley de Casación que también invoca la recurrente, debemos señalar que la Sala de alzada, sí resuelve todos los puntos materia de la Litis, aunque con la falencia que queda remediada en el numeral anterior de este fallo. **DECISIÓN.** Por las consideraciones anotadas, y al haberse verificado que se han producido violaciones a las disposiciones legales aludidas por la reclamante, este Tribunal de la Sala 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 REPUBLICA”**, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 23 de julio del 2010 a las 09h38.- El Juez aquo deberá realizar la correspondiente liquidación, tomando en consideración el numeral 4, del artículo 55 del Código del Trabajo, conforme se analiza en el numeral 1.1 de este fallo.- Notifíquese y devuélvase.- **f) Dra. Mariana Yumbay Yallico, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueza y Jueces.**



II

Juicio 16-2005

Juicio laboral propuesto por el señor Jorge Manuel Huanca Castro contra KRAFT FOODS DEL ECUADOR S.A. por descuento en el pago de su fondo de jubilación.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, casa el fallo recurrido por el trabajador afectado, en el cálculo del monto global de su pensión jubilar, elaborado por una empresa particular, y suscrito ante un notario público; el Tribunal considera que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que autorice la aplicación de una Tasa de Descuento Financiero a los Fondos Globales de Jubilación Patronal, de tal forma que la mengua, por este concepto, del monto que se debía cancelar al trabajador, deviene en ilegal, injustificado y arbitrario, atentatorio a sus derechos en la liquidación de su jubilación patronal. Se ordena la liquidación con los intereses causados.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO LABORAL DE PROCEDIMIENTO ORAL. Guayaquil, 25 de noviembre de 2005. Las 14h18.

VISTO: Comparece JORGE MANUEL HUANCAYO CASTRO y manifiesta que desde el 1 de junio de 1958, laboró para la compañía NABISCO ROYAL DEL ECUADOR S.A., la misma que posteriormente fue absorbida por la compañía KRAFT FOODS DEL ECUADOR S.A., teniendo un sueldo promedio de S/.300,00 mensuales, aumentándose en forma progresiva hasta que el 1 de noviembre de 1986 ganaba un sueldo promedio de S/. 8.000,00 mensuales. La compañía le indicó que tenía que renunciar a su trabajo para acogerse a la jubilación patronal por haber laborado más de 28 años en forma interrumpida. Que desde el 12 de agosto del 2002, se dejó de pagarle su jubilación mes a mes, con el propósito de pagarles a todos los jubilados un capital actuarial jubilar global, para lo cual le hicieron concurrir a la Notaría Décima Tercera del Dr. Virgilio Jarrín Acunzo, ante quien firmó una escritura de pago global del capital actuarial, haciéndose en dicha escritura los cálculos matemáticos de un promedio de vida de 99 años, realizado por el Perito Dr. Rodrigo Ibarra J., constando la suma de la pensión corriente, del 2002 hasta el 2036, la misma que da un valor de S/. 12,527.63, pero que la escritura de pago solo se le entregó el valor de S/. 3,770.31, perjudicándole por el valor de S/. 8,757.32, sin considerarse además los aumentos de la décima cuarta pensión que de S/. 8.00 que estaba en el 2002 ha subido a S/. 123.00 y luego a S/. 135.00, lo que en 32 años le daría la cantidad de S/. 4.320.00, dando un resultado total de S/. 13,077.32. Que con los antecedentes expuestos demanda al señor EDUARDO BUSTOS LOAIZA, quien ejerce funciones de administración y mando de la compañía KRAFT FOODS ECUADOR S.A., para que en sentencia sea condenado a pagarle los derechos y valores que detalla en su demanda. Admitida la demanda al trámite consta la

citación legal a la parte demandada. Las audiencias preliminares y definitiva se realizaron en el día y dentro de la hora señalada para el efecto cuyas exposiciones constan en las actas correspondientes. Encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** No se observa en la tramitación del proceso omisión de solemnidades sustanciales, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** La relación de trabajo y el tiempo de servicio no ha sido motivo de controversias y está debidamente acreditada en el proceso. **TERCERO:** La controversia en el proceso está centrada en la afirmación del actor de que la demandada de acuerdo al cálculo de la reserva matemática para el pago de la jubilación patronal obligatoria, no le ha pagado correctamente la cantidad global calculada y que además en ese cálculo no se ha considerado los incrementos al décimo cuarto sueldo, ni el décimo quinto y sexto sueldo, lo que es negado por la demandada. Para determinar estos hechos es necesario analizar las pruebas aportadas por las partes al proceso y que sean decisivas para emitir el fallo. **CUARTO:** Constan de autos los Testimonios de la Escritura de pago de Capital Actuarial Jubilar otorgado por la Compañía KRAFT FOODS ECUADOR S.A. a favor del actor en la que se observa inserto el cálculo de la reserva matemática para el pago de la pensión jubilar patronal observándose que se ha considerado la tasa estimada del incremento de la pensión mínima, la tasa de descuento financiero por el pago anticipado, el salario mínimo vital general, la pensión mensual calculada con la tasa de incremento hasta la edad de 99 años (que es superior a la de 89 años que contempla el artículo 222 del Código del Trabajo), el valor actual de la reserva matemática del jubilado, el valor actual de la reserva matemática para los deudos, y el valor de la reserva matemática total del pago anticipado, en que lógicamente se ha incluido la tasa del 4% del descuento financiero, todo lo cual está correcto, y ceñido a lo que dispone la reforma introducida al artículo 219 del Código de Trabajo. El actor pretende que se le pague un valor total anticipado sin que se realice el descuento de la tasa del interés financiero. El pago global anticipado conlleva un riesgo y un beneficio tanto para la empresa como para el actor. Para la empresa, porque está pagando una cantidad calculada sobre una expectativa de la vida del trabajador hasta los 99 años, que sería un riesgo si el trabajador fallece antes de ese promedio de vida, puede ser incluso inmediatamente que recibe ese pago global. Para el actor, porque recibe el dinero anticipado en forma global y no en forma mensual continuada con el riesgo de la depreciación monetaria. La empresa jurídicamente puede desaparecer y cómo podría el actor cobrar su pensión jubilar en forma mensual. En fin, podría ocurrir todas las hipótesis que muy inteligentemente han sido analizadas en el fallo de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia, numeral tercero, dictado el 26 de octubre de 1998 publicado en la Gaceta Judicial serie XVI- 18 del año XCVIII. Además que el dinero entregado, por anticipado y global, no es para que el ex trabajador lo consuma, sino para que lo invierta a su manera, en algún negocio, y que las ganancias o producto

de esa inversión superen al valor que percibiría mes a mes por la jubilación patronal. Es necesario destacarse también que el actor en forma libre, voluntaria firmó la escritura y el acta de alcance, la primera ante el Notario Público y la segunda ante la Inspectoría de Trabajo del Guayas, todo lo cual se procedió de conformidad con el artículo 189 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Trole II publicada en el Suplemento del Registro Oficial 144 del 18 de Agosto del 2000, que reformó el artículo 219 del Código del Trabajo. Procesalmente no se observa que en el acto de la firma de escrituras por parte del actor, se haya dado de manera alguna la coacción o dolo que deje entrever una fuerza extraña, irresistible a la voluntad manifiesta. Por lo expuesto el suscrito Juez Primero de Trabajo del Guayas **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY”** declara sin lugar la demanda. **Hágase saber.**

f.) Ab. Carlos Alfago Vite, Juez Laboral.

SEGUNDA INSTANCIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO LABORAL. Guayaquil, 17 de Septiembre del 2008. Las 18h00.

VISTOS: El presente juicio se identifica en la primera instancia con el número 016-2005 y sube mediante recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en la que se adhiere la parte demandada de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral de Procedimiento Oral que declara sin lugar la demanda en el que comparece como actor JORGE MANUEL HUANCAYO CASTRO, con las generales de ley que señala en su demanda en (fjs.1 a 3vta) del expediente de primera instancia, calificada la demanda se procedió luego a la citación del demandado EDUARDO BUSTO LOAIZA, por si y por los derechos que representa de CIA. KRAFT FOODS ECUADOR S.A., y habiendo comparecido a juicio y señalando domicilio legal para sus notificaciones, lo cual obra de f.8 de los autos, luego de lo cual se convocó a las respectivas Audiencias Preliminar y Definitiva, las mismas que se realizaron como se narra a fjs. 69 a 72 vta y 157 a 161 vta del mismo cuaderno de primera instancia. Las partes actuaron las respectivas pruebas. Por lo tanto siendo el estado el de resolver se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente en razón de la materia y del sorteo realizado para conocer de este proceso y como se ha cumplido en las solemnidades sustanciales es válido; **SEGUNDO:** En este juicio está aceptada la relación del nexo jurídico laboral como consta en autos del cuaderno de primera instancia, por lo cual corresponde a cada una de las partes probar sus aseveraciones y pretensiones. **TERCERO:** El punto principal de la controversia es la reclamación que la accionante hace sobre el pago global de la Jubilación Patronal, hay que tomar en cuenta que la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana publicada en el R.O. 144 del 18 de Agosto del 2000 reforma la regla 3 del art. 219 (actualmente art. 216 numeral 3) del

Código del Trabajo en el que se permite el pago total de las pensiones jubilares mediante el pago total del capital actuarial y que dicho pago debe ser administrado con cuidado por la accionante. A fs. 52 a 62 se encuentra una escritura del pago de capital actuarial jubilar realizada en la Notaría Décima Tercera. Finalmente si bien es cierto al referirnos al pago GLOBAL DE LA JUBILACIÓN PATRONAL, puede ser visto de muchas perspectivas en la que al darse el pago de todo lo que el trabajador pueda recibir como Jubilación puede ser un arma de doble filo ya que si el accionante no sabe o no supo administrar correctamente su dinero o su capital lamentablemente ya no puede dar marcha atrás de la decisión que ha tomado al firmar dicho convenio, salvo el caso de que dicho instrumento no se haya practicado conforme lo indica la Ley, pero al estudiar detenidamente y con criterio el proceso, esta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, en los términos de este fallo se confirma la sentencia del juez A quo, declarándose sin lugar la demanda. Sin costas. **Publíquese y Notifíquese.**

f.) **Dr. Edison Vélez Cabrera, Dr. Guillermo Timm Freire, Dr. Monfilio Serrano Ocampo. Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio nro. 1190-2010

Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 19 de marzo de 2013. Las 11h25.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Guayaquil (actual Corte Provincial del Guayas), en el juicio seguido por Jorge Manuel Huancayo Castro en contra de Pedro Eduardo Tungendhat Marcus a quien demanda por sus propios derechos; y, en forma solidaria, por los derechos que representa de la empresa KRAFT FOODS ECUADOR S.A., dicta sentencia confirmando la del inferior. Inconforme con tal resolución, el actor Jorge Manuel Huancayo Castro interpone recurso de casación, el que ha sido calificado y admitido a trámite, por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional el 2 de mayo de 2012 a las 10h00, el que para resolver se considera: **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; en el artículo 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el artículo 613 del Código del Trabajo; y el artículo 1 de la Ley de Casación; y, adicionalmente, atendiendo al resorteo de la ley efectuado, cuya razón obra de fs. 17 del último cuaderno. **SEGUNDO. ANTECEDENTES:** La parte actora, en su recurso de casación, manifiesta que considera infringidas las siguientes normas de derecho: los artículos 4, 5, 6, 7, 216 regla tercera, primer inciso y 614 del Código del

Trabajo; 7 y 1453 del Código Civil, 326 numerales 2 y 11 de la Constitución Política de la República del Ecuador (**sic**). Funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por la falta de aplicación de las normas de derecho, indicando textualmente “Causal Primera, invocada que es aplicable a los errores juris, indicando la violación directa de la norma de fondo, transgresiones que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia” (**sic**). El aspecto central de la censura, es el reclamo del pago de la diferencia del fondo global que le fue entregado de la liquidación de su jubilación patronal, los sueldos adicionales y los intereses que prescribe el artículo 614 del Código de Trabajo. Al argumentar en favor de su pretensión el recurrente asevera que el liquidador ha aplicado indebidamente una tasa de descuento del 4,52%; complementariamente la parte recurrente establece, en su recurso de casación, lo siguiente:“(…) el 25 de septiembre de 2001 se dejó de pagar mi jubilación mes a mes con el propósito de pagarnos a todos los jubilados una pensión de capital actuarial global para esto se me hizo concurrir ante la Notaría Décimo Tercera del Dr. Virgilio Jarrín Acunzo, quien me hizo firmar una escritura de PAGO DE CAPITAL ACTUARIAL JUBILAR la que en dicha escritura se hacía los cálculos matemáticos de un promedio de vida de 99 años. “(sic) establece que sumadas las pensiones del 2002 hasta el 2036 dan un valor corriente del pago anual que asciende a \$/. 12.527,63 dólares, pero que sólo se le ha entregado \$/. 3.770,32 dólares. Argumenta también que los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas confirman la sentencia y, en forma ilegal le dan valor jurídico al descuento de una tasa de 4,52%, porcentaje que fue creado a libre arbitrio del perito Doctor Rodrigo Ibarra, contratado por su ex empleadora Kraft Foods Ecuador S.A., infringiéndose, de esta manera, el artículo 216, regla tercera, del primer inciso del Código del Trabajo. **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 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 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 aquel 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 ley¹. “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 de 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 (...)”². Conforme el mandato contenido en el artículo 76.7.1) 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 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. El fin del recurso de casación busca que el máximo órgano de la justicia ordinaria, la Corte Nacional de Justicia, cumpla con el control de legalidad, respecto de las actuaciones de los jueces de instancia. **4.2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho. En este sentido 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 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”³. En consecuencia el recurso de casación 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; este proceso que se verifica a través de un cotejamiento, riguroso y técnico, de la sentencia con el orde-

namiento 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 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, se observa: **4.3. SOBRE LA CAUSAL PRIMERA:** Contiene un vicio in indicando, 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 norma 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. NORMAS CONSTITUCIONALES Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES:** Tanto la Constitución de 1998, así como la actual, reconocen como válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente; lo que determina que la transacción, en sí misma, celebrada entre las partes, no está proscrita; es decir, no está prohibida. Lo que no puede ocurrir es que los derechos intangibles e irrenunciables del trabajador se vean afectados por los términos de la transacción. La doctrina ius laboralista, y la propia característica tutelar del Derecho del Trabajo, ha establecido un conjunto de derechos que se encuentran en la categoría de <derechos indisponibles>, como lo ha manifestado el maestro Mario De la Cueva, “el Derecho del Trabajo como derecho imperativo y garantía constitucional, al regular las relaciones entre el capital y el trabajo, se dirige, por una parte, a cada patrón y a cada trabajador, en ocasión de las relaciones que establezcan y, por otra, al Estado, en cuanto le obligan a vigilar que las relaciones se formen y gobiernen por los principios contenidos en la ley y en las normas que le son supletorias, (...) Sin este carácter imperativo que se manifiesta en esta doble dirección de la norma, no sería el Derecho del Trabajo un mínimo de garantías ni llenaría su función; pues si la idea de garantía, sea individual o social, hace referencia a aquellas normas, cuya

¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación nro. 00175-250403-00559-00492.

² Leopoldo Márquez Añez, Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana. Pág. 40.

³ MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá-2005.p.71.

observancia se considera esencial para la realización de la justicia; dejarlas encomendadas a la voluntad de trabajadores y patronos equivale a destruir su concepto, como principio de cuya observación está encargado el Estado.”⁴ Al referirse al principio de indisponibilidad de los derechos, como parte del principio de irrenunciabilidad, el profesor italiano Santoro-Pasarelli, ha dicho que “(...) la disposición de los derechos del trabajador está limitada en sus diversas formas porque no sería coherente que el ordenamiento jurídico realizase imperativamente, con la disciplina legislativa y colectiva, la tutela del trabajador contratante, necesitado y económicamente débil y que después dejase sus derechos en su propio poder o al alcance de sus acreedores (...) puntualiza que la plena indisponibilidad, subjetiva y objetiva, está establecida solamente para las asignaciones familiares, los salarios y los fondos especiales instituidos por el empleador para previsión y asistencia del trabajador, aún sin la contribución de éste.”⁵ La discrecional convencionalidad transaccional ha conducido a abusos y arbitrariedades por lo que estas impugnaciones se han trasladado también ante la justicia constitucional, por lo que la Corte Constitucional para el periodo de transición del Ecuador, en la sentencia nro. 218-12-SEP-CC-caso nro. 0201-11-EP, de fecha 7 de junio de 2012, sobre este aspecto resolvió que “(...) ni constitucional, ni legalmente, ni antes ni ahora, el derecho de jubilación puede ser objeto de tal posibilidad, es decir, materia de negociación, porque la pensión se inscribe en la estricta y obediente aplicación de las normas que conforman la vida del derecho del trabajo, tanto que la jurisprudencia ha ordenado que la pensión jubilar sea de tracto sucesivo, esto es, que debe cumplirse de manera periódica, y tal medida -negociación- sin duda alguna afecta derechos constitucionales laborales y es atentatoria -en la casuística- al Derecho Público.”⁶ Conviene mencionar, también, que fallos de triple reiteración que tienen el valor de precedentes jurisprudenciales, y que cuentan con el carácter de aplicación obligatorios, coinciden en que “el derecho del trabajador a percibir la pensión jubilar es imprescriptible e intangible y no puede ser objeto de pago acumulado, negocio o transacción”⁷. Por otro lado, en este mismo sentido la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia y dispone el pago de la pensión jubilar mensual, más las pensiones jubilares patronales adicionales conforme a la ley, considerando para dichos fines el monto ya recibido del trabajador⁸. Igualmente, la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, sobre este mismo punto, en sentencia dictada, en su parte pertinente sostiene que “la pensión jubilar es una obligación periódica, de tracto sucesivo, que debía pagarse mensualmente mientras dure la vida del trabajador, pero que ahora, no obstante seguir siendo

una prestación de carácter eminentemente social, imprescriptible e intangible, se puede llegar a una transacción rigiéndose por la norma legal que lo permite, es decir se debe garantizar al trabajador contar con un mínimo de recursos por el resto de su vida”⁹

4.5. NORMAS LEGALES: El artículo 216 del Código de Trabajo, en su tercera regla, primer inciso, menciona “(...) El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la 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 el mismo trabajador administre ese capital por su cuenta (...)”. El beneficio de la jubilación patronal global, determina que sea el resultado de “un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales (...)”; y por lo dispuesto en el mismo numeral tres, inciso segundo de la norma en referencia se debe observar que como garantía básica “(...) 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”; de tal forma que el cálculo actuarial, al que se refiere la norma laboral, que vulnera esta protección no tendrá validez. **4.6. ELEMENTOS DE LA TRANSACCIÓN:** En la especie, el trabajador ha laborado más de veinte y ocho años para la empresa demandada KRAFT FOODS S.A., por lo que, por su tiempo de servicio era beneficiario de este derecho, conforme consta en la escritura pública de “Pago del capital actuarial jubilar” (fojas 29 a 39 del primer cuaderno) suscrita entre la empresa demandada y el actor, en cuyo numeral segundo se establece que este último ha recibido, por concepto de liquidación de la jubilación patronal proporcional, el valor de \$/ 3.770,32. De la escritura de Pago de Capital Actuarial Jubilar, a fojas 38, se encuentra el “Cálculo Realizado de Reserva para el Pago de Pensión de Jubilación Patronal Obligatoria según el Código del Trabajo Kraft Foods Ecuador S.A.” en la que se observa un cálculo de reserva para el pago de la presión de jubilación patronal con un tiempo promedio de 99 años, calculados por el tiempo que va desde el 2002 hasta el año 2036, lo que arroja la cantidad de \$/ 12.527,63 recibiendo, el actor, un valor de \$/ 3.770,32. **4.6.1. CARÁCTER Y CONTENIDO DE LA ESCRITURA DENOMINADA “CÁLCULO DE LA**

⁴ DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano de Trabajo, México, 1943, pág. 222.

⁵ SANTORO-PASARELLI, Francesco, *Nazioni di diritto de lavoro*, 6ta. Edición, Napoli, 1952, pág. 211.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia nro. 218-12-SEP-CC-caso nro. 0201-11-EP, de fecha 7 de junio de 2012.

⁷ (Gaceta Judicial No. 12, serie XVII).

⁸ Caso 845-2006, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2007, R-O. nro. 643 de 28 de julio de 2009.

⁹ Id.

RESERVA PARA EL PAGO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PATRONAL OBLIGATORIA: En dicho instrumento se evidencia, entre otras cosas, lo siguiente: **a) FALTA DE SUSTENTO LEGAL A LOS DESCUENTOS:** La cantidad total calculada de la liquidación (Sl. 12.527,63) y la entregada a favor del trabajador mencionada en la escritura pública de Pago de Capital Actuarial Jubilar (de fojas 29 a 39) fue de Sl. 3.770,32, sin que conste fundamento legal alguno que sustente los descuentos realizados a los valores extraídos de los documentos contenidos en la Escritura suscrita, constante a fojas 29 vuelta y 39 del expediente de primer nivel, los mismos que al parecer han sido elaborados y firmados por el perito Doctor Rodrigo Ibarra, Gerente General de la Empresa ACTUARIAL C. Ltda., contratada por la empresa Kraft Foods Ecuador S.A. **b) DESIGNACIÓN UNILATERAL DEL PERITO:** El Código Procesal Ecuatoriano establece pautas para la elaboración de peritajes, como conferir a las partes la facultad de elegir o solicitar se designe el perito de mutuo acuerdo, siendo estas de obligatorio cumplimiento para el juez dentro de un proceso judicial, a efectos de que dicho informe sea el resultado del consenso de ambos y les confiera, a estos, la mayor certeza de imparcialidad. No obstante, dichas pautas mínimas no fueron observadas en el peritaje realizado, lo que lo torna vulnerable, a la luz de la imparcialidad y objetividad, aunque esto no se lo haya realizado dentro de un procedimiento judicial. **c) CARENCIA DE REQUISITOS TÉCNICOS DEL INFORME PERICIAL:** El denominado “informe pericial” que se constituye en prueba dentro de un proceso debe contener determinados requisitos, al decir de TOMAS MARTIN SANCHEZ, “*Han de ser breves, claras y precisas, evitando en su redacción excesivos tecnicismos, pues todas las explicaciones técnicas quedan reflejadas en el estudio técnico. El perito ha de ser objetivo en su pronunciamiento, (...), tanto si favorece como si perjudica a cualquiera de las partes. La imparcialidad y objetividad han de predominar en el dictamen pericial, especialmente en las conclusiones, pues aquí se contesta de manera directa al objeto del informe o a preguntas planteadas. En cualquier caso, (...) resulta ineludible decir la verdad, conforme al conocimiento y experiencia del perito, siendo posible que, sobre un mismo caso, existan opiniones técnicas contradictorias. Las conclusiones pueden no conducir a un sí o un no rotundo, sino derivarse de lo razonado en los resultados de las operaciones practicadas.*”¹⁰ El informe, materia de análisis, no goza de las características de sencillez, propias de un informe pericial, pues éste dificulta la interpretación adecuada de su contenido, por ejemplo, no señala el sustento jurídico o normativo del denominado rubro “Tasa de Descuento Financiero” por el monto de “4,52%” descontado de la liquidación del fondo global del jubilado. **d) REQUISITO DE IMPARCIALIDAD:** Adicionalmente, el requisito de imparcialidad se ve afectado en el informe al no

haberse transparentado la persona o personas que contrataron y sufragaron los honorarios para su elaboración. **e) AUSENCIA DE JURAMENTO O PROMESA DE CONDUCCIÓN:** Finalmente, es necesario también que en “*el escrito en el que se incorpore el dictamen el perito ha de expresar el juramento o la promesa de haberse conducido, y actuar en lo sucesivo, con la mayor objetividad posible*”¹¹. Aspecto que no aparece del informe pericial. Justamente, sumando a estos aspectos, el recurrente cuestiona que los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Guayaquil hayan confirmado la sentencia y, en forma ilegal, le hayan dado valor jurídico a este “informe”, a pesar del descuento de una tasa de 4.52%, sin fundamento legal alguno. **4.7. IMPUGNACIÓN AL INFORME DE CÁLCULO ACTUARIAL JUBILAR:** La transacción, en materia laboral, es permitida siempre que ella no implique renuncia de derechos laborales que le correspondan al trabajador. En el caso concreto se cuestiona la eficacia que debió darse a ésta, como modo de extinguir la obligación; es decir, si al efectuar una disminución, sobre la base de un porcentaje determinado, ha causado perjuicio o daño al compareciente; circunstancias que no han sido analizadas por los juzgadores de instancia. Por otra parte, el Tribunal debió considerar que los derechos del trabajador son irrenunciables y que es nula toda estipulación que determine lo contrario, tal como lo establece el artículo 4 del Código del Trabajo. Al existir una escritura de <Pago de Capital Actuarial Jubilar>, suscrita entre el actor y la empresa demandada, al amparo de lo prescrito en el artículo 216 del Código del Trabajo, numeral tercero, tercer párrafo, la que no se cuestiona, persé en su validez, sino en cuanto al daño que le causa al recurrente, en la parte del informe de cálculo actuarial jubilar, que contempla un descuento no previsto en la ley. Es deber del juzgador establecer si se ha producido menoscabo en la liquidación del monto compensatorio de su pensión global de jubilación, que será la base para vivir con dignidad y decoro. Hay que tener en cuenta que no obstante que aparece su firma en el documento público de “Pago de Capital Actuarial”, aquello no puede implicar, de forma alguna, la renuncia a sus derechos, situación que tampoco ha sido observada por los juzgadores de instancia. **4.8. CONSIDERACIONES PARA EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN JUBILAR:** La liquidación impugnada debió cumplir, según lo expresa la Corte Nacional de Justicia “[con] lo dispuesto en el art. 216, regla tercera, inciso segundo del Código Laboral, siguiendo un procedimiento lógico, aplicar los rubros determinados en el artículo mencionado, para luego determinar “el haber individual de jubilación”, luego tener en cuenta el art. 218 sobre coeficiente, debiendo observarse que según la tabla de coeficiente, a más avanzada edad se aplica un coeficiente menor y consecuentemente una pensión jubilar mayor y, una vez hecho esto, establecer el monto anual que

¹⁰ MARTIN SANCHEZ, Tomas, LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL: FORMULARIOS JURISPRUDENCIAL (2ª ED.).

¹¹ MARTIN SANCHEZ, Tomas, LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL: FORMULARIOS Y JURISPRUDENCIA (2ª ED.).

perciba por jubilación y finalmente, efectuar un cálculo aproximado de los años que podrían vivir el trabajador (probabilidad de vida), para multiplicar este monto por el número de años probable de vida, y así determinar el fondo global de jubilación. (...) Dado que es imposible calcular los años de vida que le quedarán al trabajador, es igualmente difícil calcular el monto del fondo global de jubilación, en todo caso debía indicarse en el acta de transacción los años de supervivencia calculado para establecer el monto, ya que si la vida del trabajador se prolonga más allá del tiempo calculado, en atención al principio tuitivo de la legislación laboral, el empleador estaría obligado a pagar la pensión mensual jubilar, pues la transacción o acuerdo no lo relevaría de tal obligación.”¹² El derecho a la jubilación ha sido declarado imprescriptible por la Corte Suprema de Justicia en la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial de 14 de julio de 1989. En el caso, materia del análisis, no existe discusión respecto a los años tomados como referencia para el cálculo de los años probables de vida, pues la empresa consideró 99 años para su cómputo. Debió igualmente tenerse en cuenta el porcentaje de la pensión jubilar a que tenía derecho el trabajador jubilado, en relación a su tiempo de servicios prestados para la empresa demandada; esto es veinticuatro años, tres meses, un día, lo que equivaldría al 97.2% de la pensión jubilar total con relación a los 25 años de servicios, cuyo valor correspondería al ciento por ciento de la pensión jubilar. Para el cálculo de la pensión jubilar proporcional, previsto en el artículo 188 del Código de Trabajo, debe efectuarse una simple regla de tres, esto es, multiplicando el tiempo de servicios por cien, dividido para 25 años, que corresponde al tiempo total para recibir el valor de la pensión jubilar completa. **QUINTO: DECISIÓN:** Por los antecedentes señalados, este Tribunal considera que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que autorice la aplicación de una Tasa de Descuento Financiero a los Fondos Globales de Jubilación Patronal, de tal forma que la mengua, por este concepto, del monto que se debía cancelar al trabajador deviene en ilegal, injustificado y arbitrario, atentatorio a sus derechos en la liquidación de su jubilación patronal, por lo que en la sentencia dictada por los jueces Doctores Edison Vélez Cabrera, Guillermo Timm Freire y Monfilio Serrano Ocampo, de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, existe falta de aplicación del artículo 35.3, 4 y 5 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente al momento de la terminación de la relación laboral; y de la actual Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 326.2 y 11, que señalan: “(...) El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios (...) 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario (...)” 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia labo-

ral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la parte trabajadora (...)” y “(...) 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre frente a autoridad administrativa o juez competente (...)”. En la sentencia recurrida, no se observa la aplicación de los numerales referidos, atentando contra las garantías que el trabajador merece por mandato de la Constitución y la ley. 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 impugnada por el recurrente, por lo que se ordena la devolución de los valores, ilegal e indebidamente descontados por la parte demandada, constantes en el instrumento que obra de fojas 29 y 39 de los autos, los que serán liquidados por el juez de primer nivel al momento de su ejecución, con los intereses respectivos. **Notifíquese y devuélvase.**

f.) **Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Dr. Jorge Blum Carcelén. Jueces Nacionales.**

III

Juicio nro. 2009-0231

Juicio laboral propuesto por James Smith Salcedo Ñíguez en contra de la Compañía Minera del Austro S.A.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, casa el fallo recurrido por el actor, por cuanto, es evidente la aplicación de una norma de derecho inexistente; artículo 615 (anterior 593 del Código del Trabajo) que manifestaba en la parte pertinente: “En ningún caso podrá mandarse a pagar al reclamante una cantidad mayor a la fijada como cuantía del juicio”, misma que fue declarada inconstitucional. Se ordena el pago de los rubros señalados en la demanda.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL DE ZAMORA CHINCHIPE. Zamora, martes 11 de mayo del 2010. Las 15h23.

VISTOS: JAMES SMITH SALCEDO ÑÍGUEZ, de 46 años de edad, de estado civil divorciado, comparece a fonas 83 de los autos, manifestando: Que desde el uno de

¹² Jurisprudencia Especializada Laboral, 2009, pág. 93-98, proceso nro. 603-06, sentencia de 26 de julio 2007. R.O. nro. 518 de 30 de enero de 2009.

junio de 1998, viene prestando sus servicios lícitos y personales en los sectores de Cerro Colorado y Campanillas de la Parroquia San Carlos de las Minas del Cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, para la Compañía Minera Comcumay S.A. con el cargo de Administrador de Campamentos, percibiendo la remuneración mensual de \$. 850.00 dólares norteamericanos, para luego en el mes de agosto del año 2008, a órdenes de la Compañía Minera del Austro S.A., en que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 171 del Código del Trabajo asumió la responsabilidad patronal del antecesor la Compañía Comcumay S.A., percibiendo la remuneración de \$ 1.006,28 dólares mensuales de los cuales se le descuenta el aporte personal al IESS, recibiendo la suma de \$.900,00 dólares mensuales netos. Que la Administración de la Compañía Minera del Austro S.A., se le asignó la función de Administrador del Campo, realizando funciones de Control y Administración, firmando cheques para el pago de salarios, compra de alimentos, insumos para la Empresa, control de personal y de la producción de oro en el campamento ubicado en el sector Campanillas de la Parroquia San Carlos de las Minas, del Cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe y cumpliendo órdenes del Ing. Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, ya que al haberse producido la incautación de la Compañía Minera del Austro S.A., por parte de la Agencia de Garantías de Depósito, ésta asumió la calidad de Administrador. Que la AGD designó al señor Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, Coadministrador y Representante legal de la Compañía Minera del Austro S.A., conforme lo justifica con la Resolución nro. AGD-UIO-GG-2008-24 y Oficio AGD-UIO-GG-2008-1037, quien ha venido cancelando los salarios que le corresponde. Que como la Compañía Minera del Austro S.A., como empleadora, se encontraba en mora en el pago de sus haberes como su trabajador desde el mes de marzo del presente año 2009, hasta el mes de septiembre del 2009, por lo que existiendo falta de pago de su remuneración, conforme a lo previsto en el numeral 2 del art. 173 del Código de Trabajo, y amparado en dicha disposición legal, presentó su solicitud de visto bueno, para dar por terminadas las relaciones laborales con su empleador, la Compañía Minera S.A. del Austro, petición que la formuló ante la Inspectoría Provincial del Trabajo de Zamora Chinchipe, que previo el trámite previsto en la ley, en Resolución de fecha 25 de septiembre del 2009, que le fuera notificado el 28 de septiembre del 2009, concede el Visto Bueno, solicitado por el suscrito compareciente terminando las relaciones laborales la misma fecha de la notificación, conforme lo justifica con las copias debidamente certificadas del visto bueno que acompaña. Que su (sic) demandada al contestar la demanda, entre otras excepciones esgrime la de ilegitimidad de personería de la parte demandada, por cuanto él no es el representante legal de la Compañía. **SEXTO:** Que siendo como es la AGD una entidad de Derecho Público de propiedad del Estado, conviene entonces analizar el sentido jurídico de la ilegitimidad de personería alegada por la parte demandada en cuanto a la legitimidad pasiva, y así tenemos:

a) Desde el momento en que el Estado Ecuatoriano a través del órgano competente AGD dispuso la incautación de la empresa demandada, ésta pasó a ser patrimonio del Estado y por ende un bien de carácter público aunque conserve o se respete las características de la estructura estatutaria, dejó de ser persona jurídica de derecho privado para convertirse en parte del patrimonio público y sujeta al poder de disposición de la AGD; b) El momento que la Gerencia General de la AGD, designó un co-administrador para la empresa Minera del Austro S.A., éste se constituyó en un empleado o servidor público de la AGD y por lo mismo no puede ejercer la administración en forma independiente o autónoma sino bajo el control de los lineamientos generados por la Agencia de Garantía de Depósito. **SÉPTIMO:** Siendo la Compañía Minera del Austro patrimonio estatal en razón de la incautación, es indiscutible que la acción debió dirigirse contra la entidad propietaria de la empresa, esto es contra la AGD representada por su Gerente General, y no siendo ese el caso, es indiscutible que se ha provocado la ilegitimidad de personería de la parte demandada, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del art. 346 del Código de Procedimiento Civil. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se desecha la demanda. **Hágase saber.**

f.) **Dr. Segundo Alberto Santín Gómez, Juez.**

APELACIÓN

PRIMERA Y ÚNICA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ZAMORA. Zamora, veintidós de junio del dos mil diez. Las 11h00.

VISTOS: James Smith Salcedo Íñiguez comparece a fs. 83 y 84 y demanda a la Compañía Minera del Austro S.A., representada por el ingeniero Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, coadministrador de la misma por designación de la Agencia de Garantías de Depósito (AGD), para que sea obligada al pago de los siete rubros determinados en su acción laboral, fijando la cuantía de su reclamo en \$ 990,00, solicitando el trámite oral, señalando que la Inspectoría Provincial del Trabajo de Zamora Chinchipe le concedió el visto bueno que solicitó por falta de pago de sus salarios, y afirmando que se desempeñó como administrador de campamentos desde el 1 de junio de 2008 hasta el 28 de septiembre de 2009. Citado el demandado, así como el señor Director Regional 5 de la Procuraduría General del Estado de Loja y Zamora, en la audiencia preliminar de fs. 99 a 101, la parte demandada ha opuesto las excepciones que constan del acta respectiva, negando los fundamentos de hecho y de derecho de la acción deducida, sosteniendo que existe falta de ilegitimidad de personería, improcedencia de la acción, y falta de derecho del accionante; afirmando que no existe relación laboral y solicitando el rechazo de la demanda con costas, honorarios, daños y perjuicios. Trabada la litis y realizada la

audiencia definitiva (fs. 117 a 122), el señor Juez Primero de lo Civil de Zamora, en funciones de Juez del Trabajo y en sentencia de fs. 271 y 272, desecha la demanda, sin otro pronunciamiento. Interpuesto recurso de apelación a fs. 274 por parte del actor con la conformidad al fallo de la parte demandada, para resolver por el mérito de los autos se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido por haberse tramitado con arreglo a los requisitos legales que le corresponden, sin omisión de solemnidades sustanciales, y así se lo declara. **SEGUNDO:** No existe falta ni ilegitimidad de personería porque el actor ha comparecido al juicio por sus propios derechos, sin prueba de su incapacidad para hacerlo, y porque el demandado ha sido requerido como representante legal de la Compañía Minera del Austro S.A., de la que es su coadministrador como consta de la documentación de fs. 8 a 12, y estando obligado como tal por mandato del art. 36 del Código de Trabajo. **TERCERO:** Probada la relación laboral, que no es la de un servidor público como equivocadamente lo sostiene el señor Juez de primera instancia, sino la de un obrero con la empresa privada que ha sido demandada, sin perjuicio de su incautación, no es procedente el rechazo de la acción propuesta, pero como el propio actor James Smith Salcedo Íñiguez ha limitado su reclamación a la suma de \$ 990.00, en la que fija la cuantía, esta cantidad es la que se debe mandar a pagar, imputándola a los rubros reclamados, sin que al Juez le esté permitido corregir errores en la fundamentación de la demanda o respecto de la equivocación al determinarse las pretensiones, pues son las partes las que precisan las mismas mediante los fundamentos de hechos y de derecho de la acción y de la contestación, y es una y otra lo que permite la traba de la litis. **CUARTO:** El art. 615 del Código del Trabajo establece el “límite para el pago materia del reclamo”, que en el presente caso es de \$990,00 en que se fijó la cuantía, con el deliberado propósito de engañar a la administración de justicia y evitar el recurso de apelación, pero al respecto corresponde dejar constancia de que la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema ya ha resuelto los casos similares en que se ha dado esta práctica censurable, indicando que “los jueces, en aplicación estricta del derecho y en estricta justicia deben, para la concesión de recursos, tomar en cuenta la realidad procesal a través de la cual se pueda visualizar el valor o cuantía del juicio por más que se haya tratado de ocultarla, señalando una muy inferior” (19-XII-94, Expediente nro. 144-94, R.O. 635-16-II-95), a lo que se suma el principio de que el derecho no es una pretensión arbitraria e inmotivada sino una expectativa fundada en razones, argumentos y requisitos que se estiman legítimos y de buena fe, al que están obligadas las partes y los juzgadores. Y, **QUINTO:** La sentencia debe resolver únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis, esto es respecto de la relación laboral que se reconoce haber existido, negada infundadamente por la parte demandada, y sobre el valor del reclamo por las prestaciones adeudadas que el propio accionante lo ha fijado. Por las consideraciones que anteceden, aceptándose parcialmente el recurso, **ADMINISTRANDO JUSTICIA**

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se revoca la sentencia subida en grado y se dispone que la Compañía Minera del Austro S.A. y por ella la Agencia de Depósitos (AGD), representada por el ingeniero Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, pague al actor la cantidad de \$ 990, 00 y los intereses que el art. 614 del Código del Trabajo determina, suma imputable a los salarios que se le adeudan al demandante desde el mes de marzo de 2009, quedando a salvo de James Smith Salcedo Íñiguez el derecho para reclamar las pretensiones que excedieren de la suma que se ordena pagar en este fallo, lo que debe realizar mediante el legítimo procedimiento, con sujeción a los principios de lealtad procesal, probidad, veracidad y buena fe. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. **Hágase saber.**

f.) **Dr. Manuel José Aguirre A., Dr. Bladimir Erazo Bustamante, Dr. Francisco Sinche Fernández, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 31 de mayo de 2013. Las 12h00.

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por James Smith Salcedo Íñiguez, en contra de la Compañía Minera del Austro S.A., la Primera y única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, aceptando el recurso de apelación, reforma la sentencia venida en grado, y dispone que la Compañía Minera del Austro S.A., pague al actor el valor de novecientos noventa dólares establecido en la cuantía. **ANTECEDENTES.** James Smith Salcedo Íñiguez, deduce demanda en contra de la compañía Minera del Austro S.A., en la persona de su coadministrador y representante legal, Ing. Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, aduciendo que la parte demandada se encuentra en mora de las remuneraciones del accionante desde el mes de marzo del 2009 hasta el mes de septiembre del mismo año, motivo por el cual presentó solicitud de visto bueno, el cual fue concedido en resolución de 25 de septiembre del 2009. Fundamentándose en lo dispuesto por el artículo 191, en concordancia con el numeral 2 del artículo 173 del Código de Trabajo, demanda el pago de los siguientes rubros: **a)** Salarios impagos desde el mes de marzo del 2009 hasta el mes de agosto del 2009, además de los 28 días de trabajo del mes de septiembre de dicho año; **b)** Décimo Tercero y cuarto sueldos; **c)** Vacaciones no gozadas además del recargo del 100%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código del Trabajo; **d)** Intereses legales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 614 del Código del Trabajo; **e)** Indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 ibídem; **f)** Recargo del triple de lo adeudado en el último trimestre, considerando que la última remuneración del accionante fue de USD 1.006,28; **g)** Honorarios del profesional, fijando la cuantía en USD 990. Respecto de esta demanda, el Juez Primero de lo Civil de Zamora se

pronuncia aceptando la excepción presentada por el demandado referente a la ilegitimidad de personería que pesa sobre la Minera del Austro, desechando de esta manera la demanda. En consecuencia, el actor interpone recurso de apelación que es resuelto por la Primera Sala de la Corte Provincial de Zamora, la misma que acepta parcialmente el recurso interpuesto y revoca la sentencia subida en grado, ordenando a la Compañía Minera del Austro S.A. y por ella a la Agencia de Garantías de Depósitos (AGD), representada por el Ing. Jorge Sigifredo Velasco Valarezo, el pago de USD 990, además de los intereses legales determinados en el artículo 614 del Código del Trabajo, quedando a salvo el derecho del actor para reclamar el pago de las pretensiones que excedieren de la suma ordenada. **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, con sujeción a los dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; en el artículo 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el artículo 613 del Código del Trabajo; y el artículo 1 de la Ley de Casación; y, adicionalmente, atendiendo al resorteo de la ley efectuado, cuya razón obra de fojas 5 del último cuaderno. **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El casacionista indica que en la sentencia impugnada no se han aplicado las disposiciones legales contenidas en los artículos 1, 11 numerales 4, 5, 8 inciso segundo y 9, 33, 86.3, 169, 325, 326 numerales 2 y 3, 424 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 4, 5, 7, 42.1, 55, 69, 74, 87, 94, 95, 111, 113, 191, 614 y 615 del Código de Trabajo, artículos 113, 114, 115, 116 y 273 del Código de Procedimiento Civil, artículos 4, 5 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 3.5 de la Ley de Casación. Confrontadas que han sido las causales invocadas con las piezas procesales respectivas, se advierte que su inconformidad se halla sustentada en los siguientes términos. **2.1. IMPUGNACIONES DEL RECURRENTE EN CONTRA DE LA SENTENCIA:** Al momento procesal de fundamentar el recurso de casación, señala que el órgano juzgador ha incurrido en los presupuestos fácticos previstos en los numerales primero, tercero y quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, ya que en primer lugar, tanto el Juez Laboral como la Sala respectiva de Corte Provincial conocían: “*que la parte empleadora no me pagó los salarios que me corresponden a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y 28 días del mes de septiembre del 2009 (sic)*”, además de las indemnizaciones previstas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, décimo tercero y cuarto sueldos, vacaciones no gozadas, intereses legales, el triple de lo adeudado en el último trimestre, obviando pronunciarse respecto de todos ellos el operador de justicia. Indica que existe un error de apreciación de la cuantía por parte órgano juzgador, así como rubros que no han sido cancelados por la parte demandada, la misma que no ha probado que se encuentre al día con el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto indica “*que no se debe confundir lo que constituye los requisitos de la demanda con las pretensiones que contie-*

ne la misma (sic)”, dichas pretensiones son asunto de fondo, por ende deben ser resueltas pormenorizadamente, incurriendo de esta manera el órgano juzgador en una violación a lo señalado por el artículo 615 del Código del Trabajo, y en tal sentido hace referencia a la Resolución de la Corte Constitucional de fecha 2 de abril de 1991, y publicada en el Registro Oficial nro. 663 de fecha 15 de abril de 1991, en la que se resuelve: “*Suspender los efectos del inciso segundo del art. 593 del Código del Trabajo, por inconstitucionalidad de fondo.*” Posteriormente, el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional, expide la “Ley 133, Ley Reformatoria al Código del Trabajo” con fecha 13 de noviembre de 1991, publicada en el Registro Oficial nro. 817 de fecha 21 de noviembre del mismo año, cuyo artículo 79 deroga el segundo inciso del artículo 593. Por lo tanto, el juez de primer nivel en su resolución ha aplicado una norma de derecho inexistente, violentando el carácter social que posee esta legislación, cuya finalidad principal es la protección de los derechos del trabajador. Indica además que lo mandatorio era que el órgano juzgador establezca la cuantía de los rubros a cancelarse de todo aquello que fue reclamado en la demanda, por ende motivo de la litis, que son justamente a los que el órgano juzgador no hizo alusión alguna, a pesar de existir prueba actuada por la parte demandante y carencia de la misma de la parte demandada. Por consiguiente, el órgano juzgador erró en cuanto a la valoración de dichos medios probatorios, dejando de aplicar los artículos 113, 114, 115, 116 y 273 del Código de Procedimiento Civil, violentando, indirectamente, los artículos 42.1, 69 y subsiguientes, 79 y subsiguientes, 111 y subsiguientes y 614, todos del Código del Trabajo; así como también se dejó de aplicar el artículo 191 ibídem, además del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, al no haberse motivado de manera correcta la sentencia. Manifiesta el recurrente, que no se ha observado mala fe ni deslealtad procesal puesto que el demandado ejerció efectivamente su derecho a la defensa, contestó la demanda, formuló pruebas, y estuvo presente en las dos audiencias previstas en el Código del Trabajo. Finalmente indica el casacionista, que existe una contradicción expresa en la sentencia impugnada, ya que los señores jueces aceptan la existencia de la relación laboral pero no toman en cuenta el visto bueno concedido a favor del trabajador, careciendo -según el recurrente- “*(de la) debida coherencia entre los fundamentos jurídicos que utiliza en los considerandos y en la parte dispositiva [...] la sentencia es contradictoria e incompatible por lo que en ella se expresa [...] (sic).*” **TERCERO: MOTIVACIÓN:** La doctrina explica que: “*(...) la motivación de derecho involucrada en toda la 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 resultados 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 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 ley²¹. En el mismo sentido, respecto a los efectos del recurso de casación Márquez Áñez 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 cuestión de derecho, constituye un vicio, quizás institucionalmente el más grave, en el que el órgano jurisdiccional puede incurrir (...)”²². Conforme al mandato contenido en el artículo 76.7.1) 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 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. CONSIDERACIONES DEL RECURSO:** El recurso de casación es un medio de impugnación de carácter 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, formalistas; 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 libelo²³ 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 aras 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 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, se observa: **4.2.1. CAUSAL QUINTA:** La Ley de Casación en su artículo 3, numeral 5, establece dos presupuestos fácticos, el primero de ellos se refiere especialmente a la formalidad con la que la sentencia debe contar de acuerdo con la ley; el segundo presupuesto establece la posibilidad de existencia de contradicción en una sentencia, cuando ella se deriva que unos son los principios invocados, mientras que la parte resolutoria no se apega a dichos principios o normas legales, existiendo yuxtaposición entre las partes constitutivas de fondo, poniendo de manifiesto incompatibilidad dentro de la misma sentencia. En general nos referimos a la contradicción de una sentencia cuando no existe la aplicación del principio de congruencia entre las normas invocadas y lo concedido en la misma, es por eso, que este Tribunal observa que el órgano juzgador yerra en cuanto a dicha aplicación de carácter volitivo, la misma que se encuentra expresada materialmente en el fallo, concediendo o negando -fundamentadamente- las pretensiones del actor, en cuyo caso, habremos de expresar que en el caso sub índice no se ha realizado. Por lo que este Tribunal encontró error respecto del fenómeno volitivo del juzgador, ya que las sentencias emitidas por parte de los juzgadores de instancia no se encuentran apegadas a derecho, así como no reúnen los requisitos de ley, puesto que no están debidamente motivadas, además de invocar y “aplicar” normas legales inexistentes, vulnerando derechos del trabajador, incurriendo

¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación No. 00175-250403-00559-0049.

² MÁRQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo, Motivos y Efectos del Recursos de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, (1994), Pág. 40.

³ MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá-2005. P. 91

de manera indirecta, en violación de la ley, puesto que esta, al tener un espíritu social y proteccionista de los derechos del trabajador, impone al juez la obligación de realizar una ponderación de los derechos de los trabajadores. **4.2.2. SOBRE LA CAUSAL TERCERA:** Para iniciar el análisis referente a este tópico hay que indicar que los preceptos de valoración de la prueba pueden violentarse sea de derecho o sea de hecho; el primero de ellos, se refiere a la omisión en la que incurre el administrador de justicia en la aplicación de normas legales referentes al tópico, mientras que el segundo, -error de hecho- se refiere, a la no consideración de hechos que pudieron haber incurrido en el proceso lógico que sigue el órgano jurisdiccional para llegar a dictar la sentencia, viciando de una u otra manera la premisa mayor o menor, teniendo, como resultado, un error en la apreciación de la prueba. Por otro lado, se hace necesario considerar que el hecho cuya consideración se ha omitido debe ser trascendente -o marcar substancialmente el trayecto de la actividad lógica del órgano juzgador- para poder ser considerado y aún más analizado por el Tribunal de Casación. Dentro de la presente causa, este Tribunal considera que se ha configurado el yerro de hecho por preterintención, que básicamente plantea la omisión del juez en la observación de hechos cuya existencia es inimpugnable por cuanto consta del proceso, a pesar de lo cual, el juzgador no los ha considerado para tomar la decisión final. Se plantea entonces, la existencia de una violación indirecta a la ley, -error que condujo al órgano juzgador a apreciar o no hacerlo, determinadas pruebas-, y que tiene como consecuencia la vulneración o desconocimiento de derechos existentes. Dentro del caso sub júdice, respecto a las violaciones incursas en la causal tercera encontramos: **a)** A pesar de existir la Resolución de visto bueno, dictada a favor del recurrente, como prueba dando terminación a las relaciones laborales por falta de pago de sus remuneraciones, y que le confirieron el derecho a percibir las indemnizaciones previstas en el artículo 188 y 185 del Código de Trabajo, mismas que sanciona el despido intempestivo y la bonificación correspondiente, no se la tomó en cuenta. El reclamo de las indemnizaciones, antes señaladas, las realizó el actor en vía judicial, demostrando, dentro del juicio, que la resolución dictada por el Inspector del Trabajo, que concedía la terminación de la relación laboral, por falta de pago, era procedente, pues así lo demuestran las confesiones judiciales y testimoniales que obran en el proceso. **4.2.3. SOBRE LA CAUSAL PRIMERA:** Respecto de la causal primera, este Tribunal considera que se refiere a una violación de carácter directo de la ley o bien de los precedentes jurisprudencias que son de cumplimiento obligatorio. Al respecto, cabe señalar que, dicha invocación habrá de darse de manera específica, pues, como bien se anota, la causal cubre dos campos de tipo legal específico: el pri-

mero de ellos es el incurrir en un error de apreciación, es decir, un vicio *in iudicando*, puesto que se omite, de alguna u otra manera, considerar el espíritu de la norma de derecho, la esencia con la que fue concebida dicha norma. Es menester analizar el hecho de que la causal se refiere a normas de derecho, es decir, un genérico dentro del cual caben, de acuerdo a lo manifestado por Humberto Murcia Ballén, esta "*le da cabida a la violación de toda regla de derecho positivo, de carácter nacional, que sea atributiva de derechos subjetivos; y no solamente a las leyes expedidas por el legislador ordinario o el extraordinario*"⁴. Dentro del caso *sub júdice*, encontramos que el órgano juzgador *a quo* ha incurrido en un error *juris in iudicando*, -vale decir, una aplicación indebida de la ley- al haber aplicado una norma de derecho inexistente; nos referimos, evidentemente, al segundo inciso del actual artículo 615 -ex 593- del Código del Trabajo, que manifestaba en la parte pertinente: "*En ningún caso podrá mandarse a pagar al reclamante una cantidad mayor a la fijada como cuantía del juicio*", norma que fue declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales -actual Corte Constitucional- (resolución publicada en el Registro Oficial Suplemento 663 del 15 de abril de 1991), y derogada por la Ley Reformativa al Código de Trabajo, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 817 de fecha 21 de noviembre de 1992. De lo anotado se deriva el hecho de que incluso el tribunal de instancia incurrió en el mismo error del juez *a quo*, vulnerando, de esta manera, los derechos del trabajador, configurándose la causal primera de la Ley de Casación, hecho sobre el cual Piero Calamandrei señala: "*Se verifica en todos aquellos casos en que el juez [...] considera como norma jurídica una que no está ya o que no ha estado nunca en vigor*"⁵, incurriendo, de esta manera, en un *error contra ius constitutionis*. **QUINTO: DECISIÓN:** Por las consideraciones anteriores este Tribunal de la Sala 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**, casa la sentencia impugnada, y ordena a la parte demandada el pago de los rubros demandados por James Smith Salcedo ñiguez, siendo estos: **a)** Indemnizaciones contempladas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo; **b)** Los proporcionales de los décimo tercer y décimo cuarto sueldos; **c)** Pago de vacaciones no gozadas, más el recargo del 100% de conformidad con el artículo 74 del Código del Trabajo; **d)** Pago de intereses legales, de conformidad a lo ordenado por el artículo 614 *ibídem*; **e)** El pago del triple de lo adeudado desde el mes de marzo del 2009 hasta el mes de agosto del 2009, además de los 28 días de trabajo del mes de septiembre de dicho año, de conformidad con el artículo 94 *ibídem*, considerando que la

⁴ MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá-2005 p. 293.

⁵ CALANDREI, PIERO, *La casación civil*, t.II. trad. De SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1961, P.290.

última remuneración del accionante fue de USD 1006, 28; f) Se niega la liquidación respecto de las horas extraordinarias y suplementarias, por carecer las pruebas de los requisitos señalados en el Código de Procedimiento Civil; g) Pago de honorarios, para lo cual el juez a quo hará la respectiva liquidación de haberes al momento de ejecución de la sentencia. **Notifíquese y publíquese.**

f.) **Dr. Johnny Ayluardo Salcedo. Dra. Gladys Terán Sierra. Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueces Nacionales.**



IV

Juicio 583-00

Juicio laboral propuesto por el señor Víctor Manuel Quinde Chiriboga, en contra de Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. Transmabo.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, estima que el recurso incoado por la empresa demandada, contra la sentencia de condena de la Corte de Apelación, no resiste análisis en derecho, por cuanto, este resulta hasta contradictorio. El derecho del trabajador a redargüir el acta de finiquito que suscribió, se encuentra incólume.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO OCASIONAL QUINTO DE TRABAJO DEL GUAYAS. Guayaquil, 5 de octubre del 2006. Las 10h00.

VISTOS: Víctor Manuel Quinde Chiriboga, comparece con su demanda para manifestar que laboró en calidad de estibador portuario de alto bordo, para las líneas navieras Ecuatorian Line y otras agenciadas en el Ecuador por Transportes Marítimos Bolivarianos S.A., Transmabo, desde el 1 de marzo del 1975 hasta el 5 de febrero de 1998, en que fue despedido intempestivamente por su ex - empleadora, mediante acuerdo con algunos dirigentes del Gremio de Estibadores Portuarios de Alto Bordo del Puerto de Guayaquil, se los obligó a suscribir algunos documentos, entre ellos una solicitud de desahucio, un acta de finiquito y unas hojas en blanco, que servían como sustento al supuesto acuerdo entre patrono y trabajadores; que impugna tales documentos por las consideraciones que deja precisados; que en el acta de finiquito constan dos bonificaciones voluntarias, una Especial por antigüedad y otra, Imputable a cualquier reclamo que en lo posterior y por cualquier concepto pudiera presentar el trabajador, por lo que pretenden es cubrir insuficientemente las indemnizaciones que le corresponden por los arts. 188 y 239 del Código de Trabajo, esto es, despido intempestivo

y por la presentación del proyecto del Contrato Colectivo, eludiendo adicionalmente la proporcionalidad de la pensión mensual jubilar vitalicia; que en los últimos 5 años solo percibió las tarifas mínimas fijadas por el Ministerio de Trabajo, de tal manera que la Empleadora no le pagó el subsidio familiar y el 60% del descuento que le hacía por el concepto del fondo de retiro, según los arts. 88 y 66 del Código Tarifario, lo cual deberá ser reliquidado. Que con tales antecedentes, demanda en Juicio Verbal Sumario a Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. Transmabo, en las interpuestas personas de José Vicente Taiano Álvarez, Presidente; Mario Efraín Vernaza Amador, Gerente General; y, Raúl Alberto Cañizares Robles, Gerente, a quienes demanda por sus propios derechos, por los que representa y por la responsabilidad solidaria del art. 36 del Código del Trabajo, el pago que determina en el título de la demanda. Calificada la demanda y admitida a trámite se ordenó citar a la (sic) citación de fojas 14, la parte demandada comparece a juicio, señala casillero judicial y abogado defensor. Convocada la audiencia de Conciliación, esta se realizó en el día y dentro de la hora señalada para el efecto, cuyas exposiciones constan el acta respectiva de fojas 41 del proceso, como no hubo conciliación, y habiendo hechos sujetos a justificación, se hizo necesario abrir la causa a prueba, donde se han practicado las que obran del proceso, concluido dicho término de prueba, y como la causa se encuentra en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo cual se declara la validez procesal. **SEGUNDO:** Atento lo dispuesto en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte estaba en la obligación de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente, con excepción de los que se determinan conforme a la Ley. **TERCERO:** La relación laboral entre los litigantes no es materia de controversia, conforme a los recaudos que obran en el proceso. **CUARTO:** De fojas 70 a fojas 74, aparece la copia legal del trámite de desahucio seguido por el actor Víctor Manuel Quinde Chiriboga, en contra de la demandada Transmabo S.A., el mismo que concluye con la suscripción del Acta de Finiquito celebrada el 12 de febrero de 1998, mediante este instrumento el hoy accionante recibe la suma total de S/. 55'938.198. De las confesiones fictas de los demandados Mario Vernaza Amador, y Raúl Cañizares Robles, suscriptores del Acta de Finiquito, los mismos que no concurrieron a cumplir con el mandato judicial sin razón valedera alguna, se potentiza el despido intempestivo del ex-trabajador Víctor Manuel Quinde Chiriboga. En consecuencia, de conformidad con lo expresamente dispuesto en el art. 134 del Código de Procedimiento Civil, se le confiere el valor de prueba a tales confesiones tácitas; por lo cual se desecha valor probatorio al ilegal trámite de desahucio y su consecuente acta de finiquito. Adicionalmente, el trabajo es un derecho y deber social y goza de la protección del Estado, así lo proclama el art. 35 de la Constitución Política del Estado, disposición Constitucional que tiene entre sus normas

del Código del Trabajo, obliga al juez a prestar al trabajador oportuna y debida protección para la garantía y eticada (**sic**) de sus derechos. Consiguientemente, se ordena el pago de indemnización y de la bonificación según lo dispuesto en los arts. 188 y 185, del Código Laboral; además, la indemnización prevista en el art. 239 del mismo Código debiendo imputarse el valor recibido por el ex-trabajador según el acta de finiquito por concepto de bonificación voluntaria. **QUINTO:** De conformidad con lo establecido en el art. 188 inciso 7 del Código de la materia, dado el tiempo de servicio más de 22 años; tiene derecho el demandante a que se le pague la jubilación patronal proporcional vitalicia, con sus pensiones jubilares adicionales desde que terminó el vínculo de trabajo, con el recargo de intereses legales. Su monto se determinará en la etapa de ejecución. **SEXTO:** Las restantes reclamaciones se las desecha por falta de justificativos. **SÉPTIMO:** La suscrita Juez, dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil. Por las consideraciones que anteceden la infrascripta Juez Quinta Ocasional de Trabajo del Guayas, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**”, declara parcialmente con lugar la demanda, y además que la demandada Empresa Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. Transmabo, pague al actor Víctor Manuel Quinde Chiriboga, lo que se determina en los considerandos Cuarto y Quinto del presente fallo, con los intereses legales y previa pericia del presente fallo, de acuerdo a la siguiente liquidación: Resuelve Considerando Cuarto: art. 188 del Código del Trabajo, le corresponde 22 meses x 2'259.126,10 la cantidad de: US.\$49'700.77; art. 185 del Código del Trabajo, Bonificación del 25% de 2'259.126,10=564.781.52 x 22 la cantidad = US. \$12'425.193; art. 293 del Código del Trabajo, hoy 24 del mismo Cuerpo de Leyes le corresponde 12 meses x 2'259.126.10 = US.\$27'109.513; Suman S/. 89'235.480; Resuelve Considerando Quinto: Décima Tercera Remuneración Diciembre 1-1997 al 5 Fr.-b-98x2,5x2'259.126.10--12=470.651,26; Décima Cuarta Sueldo (**sic**) Salarial: La misma cantidad que recibió de: S/. 559.750.00; Vacaciones Desde: (**sic**) La misma cantidad que recibió de: S/. 584.117,00 = 2'981.510.20; Total S/. 92'216.990 – 55'938.198 = 36'278.792 -:- 25.000 Saldo a favor del actor la cantidad de: \$ **1,451.15 (UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA)**, como no consta en el elemento para practicar la jubilación patronal proporcional, envíese atento oficio al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para que remita el Sistema Integrado de Aportes del IESS, lo cual se procederá a liquidar con los intereses de recargo. Sin lugar las demás reclamaciones. Con costas y se regulan en el 10% los honorarios del Abogado patrocinador, debiéndose descontar el 5% para el Colegio de Abogados del Guayas. **Léase y notifíquese.**

f.) Dra. Glenda Hernández Vega. Jueza.

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, 17 de diciembre del 2008. Las 15h33.

VISTOS: Por el sorteo electrónico correspondió a esta sala el conocimiento de este proceso y puesto a mi despacho, avoco conocimiento de la presente causa. De la sentencia dictada por el Juez Ocasional Quinto de Trabajo del Guayas, Dra. Glenda Hernández Vega, constante a fojas 92 a 93 vta. del cuaderno de la instancia presente en la que declara parcialmente con lugar la demanda, dentro del Juicio Verbal Sumario seguido por Víctor Manuel Quinde Chiriboga contra Transporte Marítimos Bolivarianos S.A. TRANSMABO y sus representantes legales, José Vicente Taiano Álvarez, Mario Efraín Vernaza Amador y Raúl Alberto Cañizares Robles, apelan los demandados y, concedido que fue el Recurso oportunamente interpuesto, sube la causa en grado. Realizado el sorteo pertinente correspondió su conocimiento a ésta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia, siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO:** Esta Sala es competente en mérito a la razón del sorteo que obra a fojas 2 de la instancia. **SEGUNDO:** No se advierte omisión de solemnidad sustancial, ni vicio alguno de procedimiento, que pudiere influir en la decisión de la causa; por tanto, se confirma su validez. **TERCERO:** De conformidad con lo que dispone el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, las partes deben probar los hechos que alegan, excepto los que se presumen de acuerdo a la ley. **CUARTO:** La relación laboral no es materia de discusión en el proceso, conforme a lo expresado por la parte demandada durante la Audiencia de Conciliación. **QUINTO:** La parte actora concurre a impugnar la solicitud y trámite de desahucio que corre a fojas 70 a 74 de los autos. A este respecto hay que hacer las siguientes consideraciones: **A)** Del estudio de estas piezas procesales se desprende que las labores de estiba que la empresa demandada recibía, es aquella que se conoce conforme a los conceptos del art. 32 del Código del Trabajo, como contrato de grupo, por tanto a quien debió desahuciarse el contrato es a la Asociación de Estibadores Portuarios de alto bordo del Puerto de Guayaquil, para que esta organización a su vez presente la solicitud de desahucio a la empresa Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. TRANSMABO y del Acta Transaccional que corre de fojas 49 a 50 se desprende que se llegaron a los siguientes acuerdos: **1.** Todos y cada uno de los estibadores por su propia voluntad han decidido presentar solicitudes de desahucio para dar por terminados sus contratos individuales de trabajo, con Transportes Marítimos Bolivarianos. **2.** Que la empresa Transportes Marítimos Bolivarianos S.A. TRANSMABO, reconocerá en la liquidación de sus trabajadores (**sic**) organizaciones de trabajadores queda terminada en virtud de lo dispuesto en el art. 256 del Código del Trabajo, en relación con el art. 169 del mismo cuerpo de leyes y otros compromisos más que constituyen remuneración a criterio de esta Sala de derecho. **B)** Que tal

acuerdo viola lo dispuesto en el art. 188 y 185 del Código del Trabajo, cuando se le impone la obligación a cada uno de los trabajadores a suscribir una solicitud de desahucio, determinándose que estas solicitudes de desahucio no han sido hechas por el propio trabajador sino por Transmabo, o sea, que son idénticos los escritos que suscribe el actor y el patrono firmados por el Abogado Fernando Ponce G. y de la petición hecha por el Dr. Fernando Alarcón S., tampoco se dio el hecho obligatorio que el Inspector del Trabajo dentro de los quince días después de realizar las liquidaciones y notificar a las partes para que surta efecto el desahucio consigne los valores en la Inspectoría, a cada uno de ellos, se elaboró un acta de finiquito donde aparentemente se dice que ha intervenido un Inspector del Trabajo, sin indicar el nombre y aprueben los rubros que se han liquidado, pero no se dice por quién, determinándose que procede la impugnación que hace el trabajador a la solicitud y trámite de desahucio, olvidándose que el acta de finiquito es un documento por medio del cual un trabajador acepta la liquidación de sus haberes pendientes de pago y si fuere del caso de las indemnizaciones a que tuviere derecho al término de la relación laboral, documento que para que surta los efectos legales pertinentes deben ser elaborados y aprobados por el Inspector del Trabajo, quien cuidará que la liquidación que se practique sea completa y pormenorizada como lo exige el art. 595 del Código del Trabajo, constituyéndose así en documento público lo que en el presente caso no ha sucedido, tornándose en impugnabile, el no haberse observado los requisitos señalados en el artículo anotado. C) A esto se suma el hecho de que los demandados Mario Vernaza Amador y Raúl Cañizares Robles, quienes suscriben el Acta de Finiquito no concurrieron a cumplir con el mandato de rendir la confesión judicial sin ninguna razón, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 134 del Código de Procedimiento Civil, se confirma el valor de prueba ficta. Esta Sala concuerda con el Inferior, que el art. 5 obliga a los funcionarios a proteger a los trabajadores, para la garantía y eficacia de los derechos, en consecuencia procede el pago de las bonificaciones y las indemnizaciones de los arts. 185 y 188 del Código del Trabajo e indemnización del art. 239 del mismo cuerpo legal, debiéndose imputar el valor recibido por el trabajador. También se concede la jubilación patronal proporcional, acorde a lo dispuesto en el Inciso 7) del art. 188 del Código del Trabajo, a fin de que se liquiden la jubilación patronal proporcional y sus adicionales desde la fecha en que se terminó el vínculo de trabajo y con sus intereses. Se desechan los demás rubros por falta de pruebas. Por lo expuesto esta Segunda Sala de lo Laboral, la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, confirma la sentencia subida en grado con la liquidación practicada. En cuanto a la jubilación patronal proporcional, el cálculo se realizará una vez que se obtenga la historia laboral del trabajador. Sin costas ni honorarios que regular. **Publíquese y notifíquese.**

f.) **Drs. Guillermo Timm Freire, Edison Vélez Cabrera**

y **Rodrigo Saltos Espinoza, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 31 de mayo de 2013. Las 12h20.

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Víctor Manuel Quinde Chiriboga en contra de las Líneas Navieras Ecuatorian Line y otras agencias en el Ecuador por Transportes Marítimos Bolivarianos S.A., la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dicta sentencia con fecha 17 de diciembre de 2008, a las 15h33, confirmando la sentencia subida en grado que declara parcialmente con lugar la demanda, incluyendo la liquidación practicada. **ANTECEDENTES:** Comparece: La abogada Antonieta Mariana Egas Viteri de Weisson, en su calidad de Presidenta de Transportes Marítimos Bolivarianos S.A., manifestando que insatisfecha con la sentencia expedida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, interpone recurso de casación por lo que para decidir, se considera: **PRIMERA: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse acerca del recurso deducido, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; en el artículo 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el art. 613 del Código del Trabajo; y el artículo 1 de la Ley de Casación; adicionalmente, atendiendo al resorteo de ley efectuado, cuya razón obra de fojas 4 del último cuaderno. **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La recurrente, en su libelo de casación, manifiesta que en la sentencia se han infringido las siguientes normas: artículo 19 de la Ley de Casación, artículos 169.2, 188 y 595 del Código del Trabajo; artículos 1488, 1499, 1588, 1742, 1750 y 2372 del Código de Procedimiento Civil; artículos 113, 114, 115, 116, 117, 121, 125, 131, 164, 165 y 282 del Código de Procedimiento Civil; art. 33 de la Constitución Política de la República del Ecuador. Ampara su derecho en las causales primera y tercera del artículo 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 y más piezas procesales, se advierte que su inconformidad se concreta en alegar lo siguiente: **2.1.) IMPUGNACIONES DE LA RECURRENTE A LA SENTENCIA:** Fundamenta en la causal primera del artículo 3, por cuanto señala, que son: "(...) *normas sustantivas mal elegidas, utilizadas en forma impertinente o a las que se les atribuye un significado diferente son las que sirven para fundamentar esta causa*", es decir, falta de aplicación del numeral 2 del artículo 169 del Código de Trabajo. Señala además, que en el contrato individual de trabajo se establecía que el mismo terminaba entre otras razones por acuerdo entre las partes, pero que, sin embargo, en la sentencia recurrida no se aplicó tal disposición. Agrega que los señores jueces de la Segunda Sala

de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dejaron de aplicar el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil; que en el numeral quinto de la sentencia impugnada en los literales b) y c) desestimaron el acuerdo entre las partes para concluir la relación laboral, señalando que el despido intempestivo se encuentra probado por la confesión ficta de los demandados, por lo que condenan a su representada a pagar lo establecido en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo. Añade que los jueces no consideraron que la transacción es válida, por lo que existe falta de aplicación del artículo 33 de la Constitución Política del Ecuador (sic). Así mismo, aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, que permite al trabajador impugnar el acta de finiquito, cuando no se cumplen los requisitos señalados en la ley, de la misma manera falta de aplicación de los artículos 1499, aplicación indebida de los artículos 1588, y 2372 del Código Civil, además, falta de aplicación de los artículos 164, y 165 del Código de Procedimiento Civil y que en el fallo impugnado no se han considerado los precedentes jurisprudenciales. En lo referente a la causal tercera, indica la falta de aplicación del artículo 122, 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil. **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 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 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*”¹. En el mismo sentido, respecto a los efectos del recurso de casación Márquez Áñez 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 activi-*

dad 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 (...)”². 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, estado 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 LEGALES:** 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, éstas deben ser tratadas primeramente. En el caso sub judice, la recurrente señala que la decisión judicial impugnada viola derechos constitucionales entre ellos: Que se ha fracturado la disposición constitucional plasmada en el artículo 35.5 por tanto, los vicios alegados por el recurrente, en la interposición del recurso, merecen el siguiente análisis: **4.3.) CONSIDERACIONES DEL RECURSO:** El recurso de casación es un medio de impugnación de carácter 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 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*”³. No es una tercera instancia. El objetivo fundamental del recurso, es atacar la sentencia

¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Recurso de Casación No. 00175.250403-00559-00492.

² MARQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo, Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma en la Casación Civil Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, (1994), Pág. 40.

³ MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá-2005. P. 71.

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 aras 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 fundamentados en fallos de triple reiteración. De los argumentos de la 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. ARGUMENTACIÓN O RATIO DECIDENDI:** (Análisis de caso concreto en relación a las impugnaciones presentadas). Esta Sala, ha examinado la sentencia del Tribunal de Alzada y los recaudos procesales a fin de confrontarlos con la normativa jurídica pertinente y verificar si existen los vicios de ilegalidad acusados por la parte recurrente, luego de lo cual este Tribunal expone: **1. Respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación: 1.a.** La recurrente alega lo siguiente: “*Falta de aplicación del numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo, se establece que el contrato individual de trabajo termina, entre otras razones, por acuerdo entre las partes. No obstante, en la sentencia recurrida no se ha aplicado tal disposición legal, a pesar de obrar de autos acta de finiquito*”. Al respecto este Tribunal señala que el propio artículo 169.9 del Código del Trabajo, indica como una de las formas de terminar el contrato individual al desahucio; en concordancia con el artículo 184 del Código del Trabajo, en donde el acta de finiquito, puede ser impugnada cuando no reúna los requisitos legales. Además existe múltiple jurisprudencia en donde la Corte Nacional de Justicia establece que el acta de finiquito puede ser impugnada por el trabajador, cuando se lesione sus derechos. En ese sentido se ha pronunciado la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional al señalar que: “*Las actas de finiquito son susceptibles de impugnación, a pesar de haber sido celebradas con los requisitos formales contemplados en el artículo 595 del Código de Trabajo, si en su contenido se observa la existencia de renuncia de derechos, errores de cálculo, omisiones, falsedades de datos, etc., como en la especie en que la liquidación del acta de finiquito se hizo a base de una remuneración inferior*”⁴. **1.b.** De igual manera la recurrente manifiesta que existió una: “*Errónea interpretación del artículo 581 del Código del Trabajo*” el cual según la casacionista, hace referencia a la confesión ficta, manifestando que: “*(...) del texto de su sentencia se desprende que todas las respuestas a las preguntas, de la naturaleza que*

sean, deben entenderse como afirmativas en caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes, cuando realmente la misma norma, establece las características que deben investir las preguntas que se formulan (...)”. Empero de ello, la casacionista olvida que existe jurisprudencia al respecto en donde la Corte Nacional de Justicia, señala que la confesión ficta, sirve de valor probatorio para justificar el despido intempestivo. Por ejemplo, en el R.O. 64,11-Nov, 2009, dictada por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, proceso 738-08, donde se establece que la declaración de confeso tiene calidad de prueba plena, que sirve para fundamentar la demanda, la relación laboral y el despido intempestivo. **1.c.** Falta de aplicación del artículo 1499 y 1750 del Código Civil, aplicación indebida de los artículos 1588 y 2372 del Código Civil, afirma además que la empresa en forma generosa reconoció bonificaciones voluntarias. Este Tribunal considera, que si bien es verdad que los documentos presentados por la parte demandada, tienen valor probatorio, no obstante, son documentos que pueden ser impugnados por el trabajador en cuanto a los valores que realmente le corresponden, descontando los valores recibidos. En virtud de lo expuesto, no prospera la causal invocada. **2.** Así mismo, la recurrente fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3, en los siguientes términos: Falta de aplicación del artículo 122, 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de tratarse de normas descriptivas, y no de normas que hagan referencia a la valoración de la prueba; de igual forma alega la aplicación indebida del artículo 131 del mismo cuerpo legal. La casacionista equivocadamente, repite los artículos 164 y 165, en las dos causales, con la misma argumentación resultando contradictorio, en consecuencia, esta causal no merece mayor análisis. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal considera que no prosperan en derecho las causales invocadas, por lo que estima que en la sentencia examinada no se han infringido las normas citadas por la parte demandada, y por lo tanto, que no se ha vulnerado derecho alguno. **QUINTO: RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto este Tribunal de la Sala 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 dictada el 17 de diciembre de 2008, a las 15h33 por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Superior de Justicia del Guayas. Ordena se cumpla con lo señalado en el artículo 12 de la Ley de Casación. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia. **Publíquese y notifíquese.**

f.) Dr. Johnny Ayluardo Salcedo. Dra. Mariana Yumbay Yallico. Dra. Gladys Terán Sierra. Jueces Nacionales.

⁴ Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 26 de febrero 2009, Resolución nro. 0134-2009-2SL.

V

Juicio nro. 2011-0027

Juicio laboral despido intempestivo propuesto por Luis Alfredo Ordóñez Simmonds, contra la Compañía Trinitaria Trinipuerto S.A.

SÍNTESIS:

La sentencia de primera instancia declara sin lugar la demanda por considerar que el actor no cumplía con horario alguno de labores, requisito indispensable para la existencia del vínculo laboral. Además la sentencia dispone que por existir graves indicios de responsabilidad por parte de la Inspectora del Trabajo Edith Duque Cevallos por haberse excedido en las facultades que concede la Ley al conceder o negar un visto bueno, de conformidad con el artículo 547 del Código del Trabajo se dispone se notifique al Director Regional del Trabajo para que el mismo imponga la sanción correspondiente. El fallo de la Corte Provincial, confirma en todas sus partes la sentencia anterior, en virtud de considerar que es el propio actor quien elaboraba sus facturas con su número de RUC y especificaba el concepto de cobro, por honorarios profesionales, siendo esto el ánimo establecido en las facturas constantes en el proceso con lo que se establece que la relación jurídica que los vinculó es de carácter profesional. Ante este hecho el actor interpone Recurso de Casación. El Tribunal de Casación considera que la concurrencia de los requisitos para demostrar la relación de dependencia son prestación de servicios, dependencia y remuneración. Concluye que en el presente caso existió subordinación jurídica por la existencia de exclusividad en la labor que desempeñaba el actor; razón por la que casa la sentencia y ordena el pago de los valores detallados.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO CUARTO DE TRABAJO DEL GUAYAS. Guayaquil miércoles 11 de enero del 2012. Las 12h12.

VISTOS: Por ser el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera. De fojas 6 a 10 comparece LUIS ALFREDO ORDÓÑEZ SIMMONDS, manifestando lo siguiente: “Es el caso señor juez que desde el 16 de enero del año 2001, ingresé a prestar mis servicios lícitos y personales, desempeñando el cargo de ANALISTA DE COSTOS Y PROYECTOS, para la compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A., de esta ciudad de Guayaquil. Asistiendo diariamente a cumplir mis labores con un horario de 08h30 hasta las 17h00. Mi última remuneración percibida fue la cantidad de \$ 672,00 SEISCIENTOS SETENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE

AMÉRICA. Ese el caso señor Juez, que mi empleador desde que ingresé a laborar para esta empresa año 2001, me hizo firmar un supuesto contrato denominado DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, obligándome a emitir facturas mensuales debidamente autorizadas por el Servicio de Rentas Internas (SRI), de las mismas que inclusive se me descontaba el Impuesto del Valor Agregado (IVA), y el impuesto a la renta”. Con estos antecedentes demanda a WERNER PELLEHN DENKMANN, THOMAS PELLEHN DREY, HERLINDA ALICIA MATUTE FRANCO Y OLGA ISABEL ESPINOZA ORTEGA, para que en sentencia se le condene al pago de los valores que detalla en la demanda. A fojas 11 consta el boletín de sorteo, con lo que se prueba la competencia al Juzgado Cuarto de Trabajo. A fojas 12 se calificó la demanda de clara y precisa y se la admitió a trámite en juicio oral conforme lo determinado en el artículo 575 del Código de Trabajo. A fojas 13 a la 24 constan las razones de citaciones hechas al demandado. de fojas, 25 a la fojas 27 consta la comparecencia a juicio de los demandados WERNER PELLEHN DENKMANN, THOMAS PELLEHN DREY, HERLINDA ALICIA MATUTE FRANCO Y OLGA ISABEL ESPINOZA ORTEGA, por sus propios derechos y por los de que (sic) representan EMPRESA PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A. A fojas 12, 30, 32, se convocó a las partes a audiencia preliminar y de contestación a la demanda, la misma que se llevó a cabo, conforme obra en fojas 677 a 681 en donde los accionados comparecieron y presentaron las siguientes excepciones; 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; pues el actor era un profesional contratado mediante contrato civil de prestación de servicios; 2. Improcedencia de la acción; 3. Inexistencia de despido intempestivo; 4. Incompetencia del Juzgador, 5. Prescripción, con lo que se trabó la litis estado (sic) las partes obligadas a probar los hechos que afirman y niegan; de fojas 682 a 685 consta la transcripción de la audiencia definitiva, en donde se practicaron las pruebas solicitadas por las partes, encontrándose en proceso en estado de resolver (sic) para hacerlo se considera. **PRIMERO:** Durante la tramitación del proceso no se han omitido solemnidades sustanciales ni existen vicios de procedimiento que dieran lugar a declarar la nulidad de lo actuado, por lo que se declara su validez procesal. **SEGUNDO:** Cada parte está obligada a probar los hechos que alega excepto los que se presumen de acuerdo a la ley, cualquiera de los litigantes pueden rendir prueba contra los hechos propuestos por sus adversarios conforme lo establece el art. 114 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** La parte actora dentro de la audiencia preliminar ha solicitado las siguientes pruebas: 1) Se ratificó en los argumentos de hecho y derecho; 2) Solicitó se reproduzca todo lo que de autos le fuere favorable; 3) Impugno la contestación de la demanda y la prueba de la parte accionada; 4) adjunto el RUC, de la empresa accionada; 5) incorporó a autos (sic) un expediente de visto bueno en 444 fojas, concedido a su favor por parte de la pectora (sic) EDITH

DUQUE CEVALLOS, solicitó oficio a la Dirección del Trabajo; 6) solicitó (sic) que se recepte la declaración del testigo Joel Javier Lascano Vaca; 7) Solicitó ofesión (sic) judicial de los accionados; pruebas que fueron atendidas y provistas en la sala (sic) audiencia por el Juez Titular del Despacho. **CUARTO:** La parte demandada (sic) de la audiencia preliminar ha solicitado las siguientes pruebas: 1) Se ratificó en los autos (sic) de su contestación de demanda 2) Solicitó se reproduzca todo lo que de autos fuere favorable, y se tenga por impugnado lo adverso, así como la declaración de los testigos (sic) de la parte actora 3) Solicitó que se recepte la confesión judicial del actor 4) solicitó (sic) que el actor reconozca firma y rúbrica de, documentos incorporados al proceso. **QUINTO:** El suscrito Juez antes de dictar el fallo correspondiente hace las siguientes servaciones: (sic) a) Toca en este estado (sic) primeramente determinar si efectivamente entre (sic) partes litigantes existió o no el vínculo laboral; y si el visto bueno concedido a favor (sic) accionante por parte de la Inspectoría del Trabajo es apegado o no a la ley, la jurisprudencia y la doctrina; b) El accionado para probar los hechos de su demanda cita la declaración del testigo Joel Javier Lascano Vaca; testigo que se lo considera idóneo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 y 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, pues el mismo afirma que trabajó para TRINIPUERTO, por el (sic) de dos años, a más de que contestando la repregunta que le formula el onado (sic) DIGA EL TESTIGO CUAL ES EL INTERÉS POR DECLARAR EN ESTE CIO (sic) dijo: ME LO PIDÍ UN AMIGO Y ESTOY DICRIENDO LA VERDAD NADA S (sic), NO HE FALTADO A LA MENTIRA NI NADA; con esta declaración el actor ende (sic) probar una relación laboral de las determinadas en el Código del Trabajo, por el o (sic) de 10 años, siendo que el testigo solo laboró dos años, así mismo ni el testigo (sic) actor ha probado el horario de trabajo del actor, pues ninguna de las preguntas (sic) al mismo (sic) se encaminan a ese objetivo. c) El visto bueno concedido por la actora (sic) EDITH DUQUE CEVALLOS, que corre de fojas, 205 a 649, de autos, que al ser (sic) recoge todas las inquietudes expuestas por el actor en su pretensión, que entre (sic) cosas manifiesta: que el empleador le ha hecho firmar algunos contratos de los minados (sic) “DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES”, y obligándole a r (sic) facturas mensuales autorizadas por el SRI., mediante las cuales se le perjudica ontándole (sic) el IVA, y el Impuesto a la Renta, clase de contrato que según el actor se lo firmó (sic) con el fin de evadir las relaciones laborales, actitud patronal que está bida (sic) por el Reglamento Constituyente 8, que en su artículo 16 dice: Se prohíbe lar (sic) en esta forma de contratación civil a los denominados contratos de “servicio do,” (sic) “de préstamos de servicios” o de “servicios profesionales” que varios adores (sic) han venido utilizando para encubrir relaciones de trabajo, perjudicand o al ado (sic), simulando una relación contractual de carácter civil, con la exigencia de que resente (sic) facturas para el pago de supuestos “honorarios”, cuando en

realidad dicha on (sic) corresponde al ámbito jurídico laboral, esto es, al Código del Trabajo, por reunir s (sic) elementos que integran y definen al contrato de trabajo: a) prestación de servicios (sic) y personales; b) relación de dependencia o subordinación jurídica que implica o (sic) de trabajo y acatamiento de las órdenes del empleador, y, c) remuneración. Datos n (sic) sido asumidos como ciertos por la Inspectoría del Trabajo y más aún los transcribe mente (sic) en el visto bueno concedido a favor del actor, sin embargo hay que notar (sic) Inspectoría del Trabajo nada dice con respecto a las excepciones manifestadas por ionados (sic) en el acta de inspección (fs. 447-449) que realizó la misma en donde se ora (sic) al expediente, la bitácora de entrada y salida de los trabajadores en donde se ver (sic) que el actor no concurre todos los días al trabajo que no tiene un horario (sic) de entrada y salida del trabajo y que el pago que se realiza por facturas, facturas han (sic) sido pagadas de manera completa, sin descuento por atraso al trabajo alguno, (sic) pargo (sic) la Inspectoría para fundamentar su fallo manifiesta que el Abogado de la (sic) accionada dice “ADEMÁS SE PODRÁ OBSERVAR QUE SUS FACTURAS ERAN PAGADAS COMPLETAS POR DESCUENTO DE LAS INTERMINABLES FALTAS, lo que ha sido mal interpretado por la Inspectoría, al presumir que el actor cumpla un, (sic) cuando lo que a simple vista se interpreta de la documentación aparejada que al actor no se le hacía descuento alguno por la interminables faltas, porque no cumplía con horario alguno de labores; horario que tampoco ha demostrado que lo haya tenido el actor, requisito indispensable para la existencia del vínculo laboral. d) hay que notar que el visto bueno concedido al accionante por parte de la Inspectoría del Trabajo, al parecer es un verdadero fallo jurisdiccional, el que ha dictada la Inspectoría del Trabajo, pues no solamente resuelve el visto bueno concedido o negando, conforme lo determina el artículo nro. 545, # 5 del Código del Trabajo, sino que le crea falsas expectativas al actor pues dispone el pago de beneficios sociales, declara con lugar (sic) despido intempestivo, desahucio y pago de utilidades, facultad solamente concedida al (sic) los jueces del trabajo, extralimitándose en sus facultades, por lo que es pertinente se sancione conforme lo determinado en el artículo nro. 547 del mismo Cuerpo de Ley. c) el visto bueno dictado por la Inspectoría del Trabajo no considera lo dispuesto en el propio artículo 16 inciso primero del Reglamento del Mandato 8 que dice: Contratación civil de servicios técnicos especializados. “Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la empresa usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales o jurídicas, en sus particulares instalaciones, con su propio personal las que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los contratistas prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores, sin que haya responsabilidad

solidaria por parte de la usuaria, salvo el caso de que exista vinculación en los términos señalados en el artículo 13 de este Reglamento”. Por lo que las excepciones deducidas por los accionados si tiene asidero legal en tanto y en cuanto (**sic**) los servicios prestados por el actor de este juicio son de los enmarcados en este inciso, de la ley, axioma que concuerda con lo manifestado por la jurisprudencia de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia que dice: “no existe vínculo jurídico laboral sino civil entre un profesional llámese abogado, médico, ingeniero, etc.; y la persona natural o jurídica que contrata sus servicios, pues, para que esta nazca, es necesario, no sólo la prestación de servicios lícitos y personales, y remuneración, sino esencialmente, la dependencia guía o subordinación que patentiza y singulariza al contrato de trabajo, diferenciándolo de vinculaciones jurídicas que pertenecen a la esfera del derecho común sin el elemento de dependencia”. Jurisprudencia obligatoria por ser de triple reiteración dictada en los fallos de fecha 18-III-1998 (Resolución nro. 34-97, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, G. J. S. XVI, nro. 14, p. 3895, R.O. 325, 26-V-1998), 8-IV 1998 (Resolución nro. 42-98, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia G.J.S. XVI, nro. 14 p. 3896, R.O. 367, 23-VII-1998) 1-VII-1998 (Resolución nro. 208-97, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, G.J.S. XVI, nro. 14 p. 3897. R.O. 23, 10-IX-1998), por consiguiente siendo la actividad principal de la Empresa demandada la CARGA Y DESCARGA DE MERCADERÍAS, conforme reza del RUC de la misma obrante a fojas 191 de autos, no puede el actor manifestar que la prestación de sus servicios haya sido permanente para la misma pues la actividad del actor difiere de la actividad de la accionada. Por estas consideraciones el suscrito Juez Adjunto Cuarto de Trabajo de Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, declara sin lugar la presente demanda, y se dispone que por existir graves indicios de responsabilidad por parte de la Inspectora del Trabajo EDITH DUQUE CEVALLOS por haberse excedido en las facultades que concede la Ley al conceder o negar un visto bueno, de conformidad con el artículo 547 del Código del Trabajo se dispone se notifique al Director Regional del Trabajo para que el mismo imponga la sanción correspondiente. Sin costas ni honorarios, cúmplase con lo establecido en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil. Actúe la abogada María Benavides Peñafiel, Secretaria Adjunta del despacho. **Hágase saber.**

f) **Ab. Augusto Posligua Galarza, Juez.**

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Ponente: Dr. Rodrigo Saltos Espinoza.

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL NIÑEZ ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTI-

CIA DEL GUAYAS. Guayaquil, 16 de julio de 2012. Las 16h14.

VISTOS: El presente proceso sube a la Sala mediante recurso de apelación interpuesto por el actor **Ing. Com. Luis Alfredo Ordóñez Simmonds** y de la adhesión de los demandados **WERNER PELLEHN DENKMANN Y AB. TOHMAS PELLEHN DREY**, por sus propios y personales derechos así como por los que representan en sus calidades de Presidente y Vicepresidente, representantes legales, respectivamente de la empresa **PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A. CPA. HERLINDA ALICIA MATUTE FRANCO Y OLGA ISABEL ESPINOSA ORTEGA**, por sus propios y personales derechos en sus calidades de empleadas de **PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A.**, de la sentencia dictada por el Juez Cuarto Adjunto de Trabajo del Guayas Ab. Augusto Posligua Galarza, mediante la cual declara sin lugar la demanda. **PRIMERO:** No se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que lo vicie de nulidad, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** Punto central en la litis es el de establecer la relación laboral que según el actor existió con la Empresa demandada, al respecto es necesario hacer las siguientes consideraciones: a) Luis Alfredo Ordóñez Simmonds, afirma en libelo inicial que ingresó a laborar desde el 2001 haciéndole firmar un supuesto contrato denominado DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, obligándole a emitir facturas mensuales debidamente autorizadas por el servicio de Rentas Internas (S.R.I.), de las mismas que inclusive se lo descontaba en Impuesto del Valor Agregado (I.V.A.) y el impuesto a la renta, que este tipo de contrato se le hacía firmar con el fin de evadir las relaciones laborales que era evidente existían entre la compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A. y su persona, ya que durante todo el tiempo y años que laboró ininterrumpidamente para esta Empresa, siempre cumplió con un horario estricto de trabajo y acatando las órdenes que le impartían sus superiores inmediatos, actitud patronal que siempre le fue prohibida a los empleadores ya que con el objeto de evadir sus responsabilidades patronales se tenía como costumbre hacerles firmar a los trabajadores unos supuestos contratos de prestación de servicios profesionales, cuando en la realidad existía una constante, evidente e ininterrumpida relación laboral de dependencia para con nuestro patron, de carácter contractual indefinida por su tiempo de trabajo para esta (**sic**) los 3 elementos esenciales de todo (**sic**) de la dependencia o subordinación jurídica, que implica horario de trabajo y acatamiento de órdenes del empleador, y 3. Remuneración. Que a pesar de que se le perjudicaba con este tipo de contratación ilegal e ilegítima, en la que inclusive se le descontaba de su remuneración el porcentaje correspondiente al I.V.A., y el impuesto a la renta, constantemente se le adeudaba su remuneración o pago mensual por su trabajo realizado y a pesar de los constantes memorándum enviados a su patrono para que se le cancele sus haberes adeudados, estos no eran cancelados oportunamente, recibiendo siempre de su patrono ofrecimientos constantes de que se le pagaría

todo lo adeudado, situación que nunca se cumplía, razón por la cual el 14 de octubre del 2010, presentó ante la Insectoría de Trabajo de Guayaquil, una solicitud de visto bueno, en amparo a lo tipificado en el art. 173 # 2 del Código del Trabajo, la misma que recayó su conocimiento a la abogada Edith Duque Cevallos, Inspectora Provincial de Trabajo del Guayas quienes luego de haber sido notificados con esta solicitud y después de darse el trámite de investigación ante la Inspectora respectiva, su patrono envió una carta dirigida al ingeniero Vicente Maldonado, Gerente Financiero, con copia a su jefa inmediata C.P.A. Olga Espinoza Ortega, la cual textualmente dice: SÍRVASE INTERVENIR Y COORDINAR LA ENTREGA FORMAL DE PARTE DEL ING. LUIS ALFREDO ORDÓÑEZ SIMMONDS, A LA CPA OLGA ESPINOZA DE TODA LA DOCUMENTACIÓN EN PODER DEL MENCIONADO INGENIERO EN VISTA DE QUE EL CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PERTINENTE SE DA POR TERMINADO, documento con el cual consta configurado y probado el despido intempestivo del cual fue objeto por parte de su patrono, sin habersele pagado ningún valor por concepto de su liquidación laboral. El art. 8 del Código del Trabajo establece que contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre, es decir que necesariamente deben existir los tres elementos fundamentales; y a falta de uno de ellos desnaturaliza su esencia misma del contrato; b) examinados (**sic**) en forma pormenorizada la prueba aportada por los partes, se observa que a fojas 42 a 117 del proceso, la demandada ha presentado como prueba de lo afirmado en la audiencia preliminar, esto es sobre la inexistencia de la relación de trabajo que según el actor ha existido, facturas emitidas por el actor de este juicio ingeniero Luis Alfredo Ordóñez Simmonds, por concepto de honorarios profesionales por sus servicios prestados a la compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A. y el contrato de servicios profesionales (fojas 174), lo que deja evidenciado de manera inequívoca que entre actor y demandada; no ha existido vínculo laboral alguno; sin que exista del proceso otra prueba que justifique lo afirmado por el actor en su demanda respecto a este hecho que debió ser demostrado por el actor por cualquiera de los medios permitidos por la ley; c) aún más existe fallos de triple reiteración juicio nro. 34-97 actor: Josefina Grau Barcia demandado: PROMESA Y BUILSA (R.O. nro. 325 de mayo 26 de 1998 pág. 22; juicio nro. 42-98 actor: Marco Antonio Jaramillo Ramos, demandado: TUBASEC (R.O. nro. 367 de julio 23 de 1998 pág. 54; y, juicio nro. 208-97 actor: Raúl Enrique Salazar, demandado: Manuel Félix Yépez Gutiérrez que manifiesta que no existe vínculo (**sic**) jurídica (**sic**) que contrata sus servicios, pues para que nazca, es necesario, no solo prestación de servicios lícitos y personales y remuneración, sino esencialmente la dependencia, guía o subordinación que paten-

tiza y singulariza el contrato de trabajo, diferenciándolo de vinculaciones jurídicas que pertenecen a la esfera del derecho común sin el elemento. En el presente caso es el actor quien elaboraba sus facturas con su número de RUC y especificaba el concepto de cobro, esto es por honorarios profesionales, siendo esto el ánimo establecido en las facturas constantes en el proceso con lo que se establece que la relación jurídica que los vinculó es de carácter profesional. Por las consideraciones que antecedente, ésta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, confirma en todas sus partes el fallo del recurrido. **Publíquese y notifíquese.**

f) **Dr. Rodrigo Saltos Espinoza. Dr. Edison Vélez Cabrera, Ab. Julio César Ruiz Vaca, Jueces Provinciales.**

FALLO DE CASACIÓN

Juicio no. 1802-2012

Ponencia: Dra. Paulina Aguirre Suárez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 21 de junio de 2013. Las 16h40.

VISTOS. Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades 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 Luis Alfredo Ordoñez Simmonds en contra de la compañía Puerto Trinitaria Trinipuerto S.A. en las personas de sus representantes legales señores Werner Pellehn Denkmann y Thomas Pellehn Drey en sus calidades de Presidente y Vicepresidente respectivamente y por sus propios y personales derechos; y a Herlinda Alicia Matute Franco y Olga Isabel Espinoza Ortega en sus calidades de asesoras de presidencia de la Compañía Puerto Trinitaria Trinipuerto S.A. y por sus propios derechos, pues de ellas recibía órdenes directas por ser sus jefas inmediatas; el actor, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas la cual confirma en todas sus partes el fallo recurrido.- **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 del sorteo que obra de autos.- **TERCERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** El casacionista fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación.

Expresa que la sentencia del Tribunal de instancia se encuadra en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho en las que se debe incluir los precedentes jurisprudenciales obligatorios inclusive en la sentencia o resolución dictada, la cual carece de motivación, sin sustento jurídico ni fundamentos de derecho legalmente válidos. Que en la sentencia los jueces mencionan supuestos fallos de triple reiteración de actores y demandados de personas naturales y jurídicas, pero no se menciona textualmente y peor aún no se reproducen esos supuestos fallos, los que inclusive al ser propiamente analizados no tienen relación con lo alegado y demandado en la presente causa, ya que el actor asevera que existió una relación de carácter laboral, y no de carácter profesional o civil como se analiza, ya que los patronos encubrían verdaderas relaciones laborales, mediante la suscripción de supuestos Contratos de Honorarios Profesionales. Que la sentencia del Tribunal de instancia se encuadra en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la prueba, en vista de que en la resolución no se han considerado ni valorado las pruebas en estricto derecho, lo que ha ocasionado que se emita una resolución con falta de motivación y errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba en amparo a lo que determinan los Arts. 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Que no se toma en cuenta las copias certificadas de los memorándums internos en los cuales el actor solicitaba vacaciones, o en los que se le llamó la atención por llegar tarde a la empresa, así como tampoco se ha tomado en cuenta las confesiones y facturas de honorarios profesionales en las cuales los demandados de manera extraordinaria le cancelaban los rubros correspondientes a la décimo tercera y cuarta remuneración. Que la sentencia del Tribunal de instancia se encuadra en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, debido a que la resolución no contempla el requisito que manda el literal I del Art. 76 de la Constitución de la República, por lo que, en consecuencia el fallo no contiene la motivación necesaria y no se han tomado en consideración y valorado las pruebas presentadas. Adicionalmente la resolución no cumple lo que dispone el Art. 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con lo cual, al no ser apreciados los mencionados Arts. en forma objetiva han incidido enormemente en el fallo. 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. Mediante auto de 23 de enero de 2013 a las 10h00, la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, 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 y 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, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; este recurso tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación dice: “Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencias proferidas con violación de las reglas de derecho, o sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación es una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley sea estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comento, hace ya cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia” (Obra: Recurso de Casación Civil, Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73). El Dr. Santiago Andrade Ubidia 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). Para resolver el recurso de casación, 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 judicando”, 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. **4.1.-** Con cargo a la causal quinta

del Art. 3 de la Ley de Casación el recurrente expresa que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación por lo que existe falta de aplicación del Art. 76 literal l de la Constitución de la República y del Art 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. **4.1.1.-** Esta causal se refiere a los requisitos que la ley establece para la validez de una sentencia y a decisiones contradictorias o incompatibles en la resolución.- La primera parte tiene relación con los requisitos de forma, es decir a la estructura formal del fallo como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc.; requisitos que están contenidos en los Arts. 275 y 287 del Código de Procedimiento Civil. Los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es la motivación, que constituye la obligación del juzgador de señalar las normas legales o principios jurídicos que sustentan su fallo y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión, La segunda parte, en cambio, determina que existen motivos para casar una sentencia o auto definitivo, cuando en su parte resolutive se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. 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; 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. Sobre el tema, Fernando de la Rúa (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pp. 150 y ss.) señala: “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. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados...”. En la especie, al analizar la sentencia impugnada este Tribunal encuentra que efectivamente carece del requisito constitucional de motivación; que constituye una de las garantías del debido proceso; pues los Juzgadores no realizan una apreciación de los hechos confrontada con la disposición del Art. 8 del Código del Trabajo;

y la doctrina que existe respecto al elemento principal de la relación laboral que es la dependencia; por lo tanto se ha justificado la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación invocada por el recurrente; por lo que no procede analizar las causales tercera y primera también invocadas. De conformidad con el Art. 16 de la Ley de Casación, corresponde a este Tribunal dictar sentencia de mérito, para lo cual realiza las siguientes consideraciones: **QUINTO.** Luis Alfredo Ordóñez Simmonds, comparece a fs. 6 y manifiesta que mediante contrato denominado de “Servicios Profesionales” ha prestado sus servicios en calidad de Analista de Costos y Proyectos para la Compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A. Que, su última remuneración percibida fue la de USD 672. Que constantemente se le adeudaba su remuneración, razón por la cual el 14 de octubre de 2010 ha presentado ante la Inspectoría del Trabajo de Guayaquil una petición de Visto Bueno al amparo del Art. 172 numeral 2 del Código; que, luego de la investigación respectiva dentro de este trámite administrativo, su empleador envió una carta dirigida al Ing. Vicente Maldonado, Gerente Financiero, con copia a su Jefe Inmediata C.P.A., Olga Espinoza Ortega, a través del cual ordena que se entregue a la C.P.A. Olga Espinoza toda la documentación que se encontraba en su poder “... EN VISTA DE QUE EL CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PERTINENTE SE DA POR TERMINADO”; documento que considera constituye un despido intempestivo. Que, el 26 de noviembre de 2010 mediante Acta de Entrega Recepción, entregó formalmente toda la documentación a su cargo. Que, el 30 de diciembre de 2010 la Inspectoría del Trabajo resolvió el Visto Bueno solicitado, concediendo su petición. Que, con los antecedentes expuestos demanda en juicio de trabajo, cuyo procedimiento es oral el pago de los rubros que determina en su demanda.- Citados los demandados, contestan la demanda en la Audiencia Preliminar a la que concurren a través de su Procurador judicial, facultado con el poder especial que obra de fs. 33 a 41; en la que deduce las siguientes excepciones: Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; Improcedencia de la acción; Incompetencia del Juez en razón de la materia; prescripción de la acción.- Concluida la Audiencia Definitiva el Juez de Origen dicta sentencia, desechando la demanda. **SEXTO.** Para que los Juzgadores, concluyan que existió relación de trabajo, es necesario que en el proceso se demuestre la concurrencia de los requisitos que según el Art. 8 del Código Obrero la configuran: prestación de servicios, dependencia y remuneración.- A fs. 179 de los autos obra el contrato denominado de “Servicios Profesionales”, celebrado entre las partes el 16 de enero de 2001, en cuya Cláusula Segunda, se denomina al actor “prestamista”, y se pacta que las funciones que desempeñará son las de “analista de costos y proyectos que requiera la Compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A.”. En la Cláusula Cuarta, se pacta la forma de pago en forma mensual de USD 500, en calidad de honorarios. En la Cláusula Quinta se estipula que el contrato tendrá una

duración de un año, tiempo en el cual las partes podrán darlo por terminado en cualquier momento; y que prestará sus servicios a tiempo completo.- El punto a dilucidar tiene relación con la dependencia que es el elemento que marca la diferencia entre los contratos de trabajo y los de servicios profesionales, al respecto se observa: 1.- La jurisprudencia y la doctrina de manera reiterativa, han sostenido que es la dependencia jurídica la que forma parte del contrato de trabajo, esto es la facultad que tiene el empleador de ordenar y dirigir y la correlativa obligación del trabajador de acatar y obedecer. El tratadista Mario de la Cueva en su Obra el Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S.A., Av. República Argentina, 15, Cuarta Edición, México, 1977, al referirse a la subordinación jurídica dice: "El elemento subordinación sirve para diferenciar la relación de trabajo de otras prestaciones de servicios; ése término es la consecuencia de una larga y fuerte controversia doctrinal y jurisprudencial..." (p. 201). Más adelante expresa "El concepto de relación individual de trabajo incluye el término subordinación para distinguir las relaciones regidas por el derecho del trabajo, de las que se encuentran reguladas por otros ordenamientos jurídicos. Por subordinación se entiende, de una manera general, la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa..." (pp. 202 y 203). Luego expresa que "Con objeto de penetrar ahora en el problema de la naturaleza de la relación de subordinación, diremos que es una relación jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo..." (p. 203). D' Eufemia, mantiene un criterio similar, pero agrega: "El derecho de dar órdenes no es absoluto sino limitado; pues el trabajador, por el hecho de su contrato, no sufre una capitis diminutio al pasar a depender de su patrono. La subordinación del trabajador responde a las necesidades de la empresa, y subsiste tanto en los países capitalistas como en los proletarios..." (citado por Guillermo Cabanellas en su obra Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, p. 401), y esto tiene su razón de ser, pues el trabajador debe aplicar sus conocimientos que los obtuvo tras largos años de estudio y por lo que fue contratado, pero sometido "a la esfera organicista, rectora o disciplinaria del empresario, esto es, que quien organiza el trabajo, da las órdenes y sanciona en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el empresario y no el trabajador" (Obra Relaciones Laborales 2000, de varios autores, dirigida por Tomás Sala Franco, Tirant Lo Blanch, p. 39). En la especie, la subordinación jurídica del actor respecto de la Compañía demandada, nace del contrato, cuando se pacta la exclusividad de la labor que desempeñará el actor; de la comunicación de fs. 186, por medio de la cual el representante de la Com-

pañía demandada, requiere al actor que cumpla con su obligación de concurrir a sus labores con puntualidad, disposición que evidencia que es el empleador quien imparte las órdenes y quien tiene la facultad de ordenar, dirigir y sancionar al trabajador que labora bajo su dependencia; de los Memorandos de fs. 153 y 154, a través de los cuales el actor solicita licencias con cargo a vacaciones anuales; y de las facturas de fs. 42 a 117 en las que consta que se ha cancelado al actor en concepto de "honorarios", valores fijos mensuales. El Código Obrero, ampara los convenios profesionales, en el art. 19, así: "Se celebrarán por escrito los siguientes contratos: a) Los que versen sobre trabajos que requieran conocimientos técnicos o de un arte, o de una profesión determinada". A su vez el art. 306 ibídem en concordancia con el art. 1947 del Código Civil, contempla la sujeción al Código del Trabajo de los que prestan servicios inmateriales, o sea de aquellas personas que, en sus funciones prevalece el aspecto intelectual sobre el físico, como las que realizó el actor en virtud de su título profesional, siempre y cuando la prestación de servicios se dé "en una larga serie de actos", lo que significa "continuidad", "nota característica de la relación laboral por servicio", tal como lo sostiene el doctor Aníbal Guzmán Lara, en el Diccionario Explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano-Obligaciones y Contratos, p. 64 y que guarda relación con lo señalado en el art. 305 del Código de la Materia "siempre que tales servicios no sean ocasionales". En el caso que nos ocupa, la prestación de servicios, se ha dado de una manera continua, desde el 16 de enero de 2001 hasta el 26 de noviembre de 2010. Cabe resaltar que si bien existen fallos de la Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia a varios de los cuales se refiere la sentencia impugnada, en el sentido de que "no existe vínculo jurídico laboral sino civil entre, un profesional llámese abogado, médico, ingeniero, etc." por cuanto carecen de la dependencia, porque no es posible que el profesional reciba instrucciones del empleador; también existen resoluciones del mismo Tribunal de Justicia que señalan lo contrario así: "Vale recordar que en casos similares, este tribunal se ha pronunciado señalando que el ámbito legal de protección o amparo no está dado por la ejecución de la actividad profesional que se desempeña, pues es obvio que en la especie el abogado Paz y Miño Realpe, no va a pedir instrucciones de cómo ejercer su profesión, pero ello no implica que no puede tener subordinación o dependencia de carácter jurídico con la empresa como explica la doctrina y ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia, elemento principal dentro de una relación laboral, y que en la especie, se encuentra totalmente comprobada..." (Fallo dictado por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema el 11 de octubre del 2006, en el juico que sigue MIGUEL HERNÁN PAZMIÑO REALPE en contra de la Empresa ANDINATEL S.A.).- Igual criterio se recoge en el fallo dictado por esa Sala el 30 de agosto del 2000, en el juicio que sigue el Dr. MARIO ORDEÑANA BOLAÑOS en contra de HÉCTOR CRESPO RICAURTE, publicado en la Gaceta Judicial n° 4 serie XVII, pág. 1077, que en su parte pertinente señala: "MARIO DE LA CUEVA expone las

técnicas de los autores JACOBI, BORIS y PARLOGESI, quienes esencialmente están de acuerdo en que la subordinación es una relación jurídica de poder, de autoridad en el patrono y de obediencia y sometimiento en el trabajador. La relación de poder que importa la subordinación ha de ser jurídica, esto es de derecho, para que puede operar entre hombres libres que se asocian en la tarea de producir...". Agrega la Sala que "En el presente caso el demandante mantiene una relación de dependencia jurídica, pues ejecuta su trabajo según ordenes de atención odontológica que emite el departamento de relaciones industriales de la empresa...". En el caso en estudio la dependencia se concreta al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato celebrado entre las partes; aun cuando se lo haya denominado de "Servicios Profesionales", cumpliendo un horario y percibiendo una retribución; por lo que aplicando la doctrina a la que nos hemos referido y los argumentos expuestos en las causas citadas por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia; criterio con el que este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia comparte, se concluye que la relación existente entre las partes es de índole laboral amparada por el Código de Trabajo; por lo que la excepción de incompetencia del Juez en razón de la materia que deducen los demandados, deviene en improcedente; como lo son las excepciones de negativa de los fundamentos de la demanda y de improcedencia de la acción, en virtud del análisis realizado. En cuanto a la excepción de prescripción de la acción; que no hace, sino confirmar la existencia de la relación laboral; pues no puede prescribir un hecho inexistente, como se pronuncia la reiterada jurisprudencia; se observa que desde la fecha en que termina la relación laboral -26 noviembre 2010- hasta la de citación con la demanda fs. 13 a 24, no ha transcurrido los tres años previstos en el art. 635 del Código del Trabajo para que opere la prescripción; por lo tanto la excepción no procede. **SÉPTIMO.** El actor expresa en su demanda que con fecha 14 de octubre de 2010 presentó una petición de visto bueno fundado en la disposición del art. 172 numeral 3 del Código del Trabajo para poner fin a la relación laboral; que luego de haber sido citado su empleador con la petición y concluido el trámite de investigación el señor Werner Pelleh Denkmann, su empleador, envió una ¿carta? dirigida al Ing. Vicente Maldonado, Gerente Financiero de la Compañía, la que consta dentro del expediente de visto bueno, en la que dispone "SÍRVASE INTERVENIR Y COORDINAR LA ENTREGA FORMAL DE PARTE DEL ING. LUIS ALFREDO ORDOÑEZ SIMMONDS, A LA C.P.A. OLGA ESPINOZA, DE TODA LA DOCUMENTACIÓN EN PODER DEL MENCIONADO INGENIERO, EN VISTA DE QUE EL CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PERTINENTE SE DA POR TERMINADO"; documento con el que considera haber sido despedido intempestivamente del trabajo. Que, el 26 de noviembre de 2010, entregó los documentos a su cargo a la C.P.A. Olga Espinoza Ortega a través de un acta de entrega recepción, cumpliendo así con la disposición en refe-

rencia. Que, el 30 de diciembre de 2010 le ha sido concedido el visto bueno solicitado.- Obra a fs. 455 de los autos el Acta de Entrega Recepción en la que se manifiesta: "Conforme instrucciones impartidas vía e-mail del señor Werner Pelleh Denkmann, Presiente de Puerto Trinitaria Trinipuerto S.A., con fecha jueves, 25 de noviembre del 2010 a las 11h34, adjunto, y oficio escaneado a continuación en la misma fecha y hora, dirigida a los suscritos Ing. Vicente Maldonado y CPA. Olga Espinoza, adjunto también a esta acta hemos procedido a intervenir, coordinar, entregar y recibir respectivamente, formalmente del Ing. Com. Luis Ordóñez Simmonds, toda la documentación en poder de él, en vista de haber dado por terminado las relaciones de trabajo con el mencionado Ingeniero. Conforme a su oficio recibido de fecha y hora antes mencionado..."; acta suscrita por la CPA. Olga Espinoza el Ing. Luis Ordóñez Simmonds y el Ing. Vicente Maldonado; de la que se desprende que la relación de trabajo entre las partes terminó por decisión unilateral del empleador; por lo que se ordena que éste pague al actor: a) La indemnización prevista en el art. 188 del Código del Trabajo; b) La bonificación a la que se refiere el art. 185 ibidem. La resolución de visto bueno emitida por la Inspectora del Trabajo, se torna en ineficaz, pues se ha dictado cuando la relación laboral ya había concluido; por lo que no corresponde analizarla.- **OCTAVO.-** Probada que ha sido la relación laboral; y al no haber justificado el demandado haber cumplido con la obligación prevista en el Art. 42 numeral 1 el Código del Trabajo; se ordena que pague al actor: a) La diferencia de la remuneración de junio de 2010; y las remuneraciones de julio al 26 de noviembre del mismo año; el último trimestre de la relación laboral con más el triple de recargo previsto en el Art. 94 del Código del Trabajo; b) Décimo tercera y décimo cuarta remuneraciones, correspondientes al tiempo laborado; c) Vacaciones por el tiempo laborado; pues si bien obran en el proceso peticiones del actor de licencias con cargo a vacaciones; no hay constancia procesal de haberle concedido o de haberlas gozado; d) Utilidades de los ejercicios económicos 2006 al 2009; períodos en los que se ha demostrado que se han generado, en los valores que el demandado reconoce a fs. 182; pues no existe referencia procesal respecto a los trabajadores que laboraron en esos períodos para efectuar los cálculos aplicando el Art. 97 del Código del Trabajo.; e) fondos de reserva a partir del segundo año de labores al no encontrar constancia procesal de la afiliación del actor, con el recargo del Art. 202 del Código del Trabajo. **NOVENO.** Cumpliendo la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia a esa fecha, publicada en el R.O. No 138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordena pagar. Se toma como tiempo de servicio desde el 16 de enero del 2001 hasta el 26 de noviembre de 2010; y como remuneración percibida la que se pacta en el Contrato de fs. 179 al inicio de la relación laboral y en los otros períodos la que consta en las facturas que obran de autos, cuyo concepto se denomina "honorario", cuando no es más que el pago de la remuneración mensual percibida por el actor:

Indemnizaciones: a) Art. 188 Código del Trabajo = USD 6,720; b) Art. 185 CT = USD 1,512.- Total USD 8,232.-
Haberes: a) Remuneraciones junio/10 (diferencia) a 26 nov/10 = USD 3,577.22 + USD 2,016 = USD 5,593,22; b) Décimo tercera remuneración: 16 enero/01 a 26 nov/10 = USD 6,473,50.- Décimo cuarto sueldo: 16 enero/01 a 26 nov/10 = USD 1,465,02; c) Vacaciones: USD 3,236.75; d) Utilidades: USD 765,12; e) Fondos de reserva: 16 enero/02 a 26 nov/ 10 = USD 5,946.73 + 50% recargo Art. 202 CT = USD 8,920.09.- Total Haberes = USD 26,453,70.- Total General = USD 34,685.70 - USD 3,006.80, valor consignado a fs. 672 retirado por el actor a fs. 676 = USD 31,678.90.- En virtud de lo expuesto, este Tribunal, **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 Segunda Sala de la Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 16 de julio de 2012 a las 16h14; en los términos que constan en los Considerandos del Cuarto al Noveno de esta sentencia; y ordena que la Compañía PUERTO TRINITARIA TRINIPUERTO S.A., en las personas de sus representantes legales Wernes Pellehn Denkmann y Ab. Thomas Pellehn Drey; por los derechos que representan y por sus propios derechos, paguen al actor la cantidad de TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES CON NOVENTA CENTAVOS CENTAVOS (USD 31,678,90); valor al que ascienden los rubros que se ordena pagar. En la etapa de ejecución el Juez de origen calcule los intereses en los rubros que al tenor de la disposición del Art. 614 del Código del Trabajo los generan; en los fondos de reserva se aplicará la tasa de interés del 6% al tenor de la disposición del Art. 202 ibídem. Con costas, se regula los honorarios del abogado del actor en el 5% del valor que se ordena pagar en sentencia.- Se desecha la demanda en contra de las señoras Herlinda Alicia Matute Franco y Olga Isabel Espinoza Ortega, al no haberse justificado la responsabilidad solidaria alegada. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional. Dra. Mariana Yumbay Yallico. Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueza Nacional y Juez Nacional.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, 25 de julio de 2013. Las 11h30.

VISTOS: Agréguese al proceso los escritos presentados por el actor. En lo principal, dentro del proceso seguido por Luis Alfredo Ordóñez Simmonds en contra de la Cía. Puerto Trinitaria "Trinipuerto S.A."; las partes procesales solicitan cada una, aclaración y ampliación de la sentencia dictada el 21 de junio de 2013, a las 16h40. Oídas previamente las partes por el término de ley, para resolver la petición del actor se tiene: **PRIMERO:** El art. 282 del Código de Procedimiento

Civil dispone que: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación cuando no se hubiese resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos intereses o costas"; en la especie, la sentencia es sumamente clara e inteligible y en ella se han decidido todos los puntos controvertidos por lo que se rechaza la petición del actor. **SEGUNDO:** En cuanto a la solicitud de la parte demandada, el artículo 281 del Código Adjetivo de lo Civil dispone que: "El Juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicita dentro de tres días", la sentencia cuya aclaración y ampliación se solicita, fue notificada el día martes 25 de junio de 2013 (fojas 18 vuelta); consecuentemente la demandada tenía hasta el viernes 28 de junio del presente año, para solicitar aclaración y/o ampliación; de acuerdo con el documento de fojas 30, 31 y 31 vuelta, se determina que tal solicitud se presentó el día lunes 1 de julio de 2013; por lo que, se rechaza la petición del demandado por extemporánea; toda vez que de acuerdo con la ley, los términos corren desde la fecha de notificación en el domicilio judicial; tomando en cuenta que en nivel la Corte Nacional de Justicia no se encuentra inmersa en el sistema informático "SATJE". A costa del peticionario, concédase por Secretaría las copias certificadas que solicita y entréguese. **Notifíquese.**

f) **Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional. Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueza Nacional. Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.**

—  —

VI

Juicio nro. 526-2010

Resolución nro. 488-2013

Juicio laboral por pago de la bonificación complementaria, propuesto por Carlos José Amable Torres Guzmán en contra de la Municipalidad de Guayaquil.

SÍNTESIS:

En primera instancia, se declara prescrita la acción. En la segunda el actor alega que tiene derecho a la excepción de prescripción de la acción alegada por la parte demandada y comprobada el tiempo que ha transcurrido en exceso el lapso de tres años como manifiesta el Art. 632 del Código del Trabajo. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el fallo de mayoría, rechaza la acusación de prescripción de la acción alegada por la parte demandada y acogiendo el recurso interpuesto por el actor casa la sentencia del Tribunal Ad quem, y se revoca en lo concerniente al pago de la bonificación complementaria, prestación que no procede por estar prescrita y haber sido alegada oportunamente, a su vez confirma

el pago de la Bonificación por Jubilación. En el fallo de minoría, se reconoce el derecho del actor, a recibir la bonificación complementaria, por cuanto, se entiende, es una obligación accesoria que forma parte del universo de beneficios laborales alcanzados en el contrato colectivo y que no puede ser desvalorizado por ser ley para las partes.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO DEL GUAYAS. Guayaquil, septiembre 5 de 2006. Las 11h45

VISTOS: De fojas 1 a 1 vta., de los autos, comparece **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN**, para manifestar lo siguiente: que ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales bajo relación de dependencia en calidad de obrero para la **M.I. MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL**, desde el 18 de abril de 1961 hasta el 24 de agosto de 1992, su última remuneración era la cantidad de \$ 206.676, se encontraba amparado en el Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo firmado el 7 de octubre de 1991 entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y las Organizaciones Laborales de la Municipalidad. Fundamenta su reclamación en el Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, cláusulas Décima Quinta y Décima Sexta que consagran los beneficios económicos de los jubilados municipales. Por los antecedentes expuestos, demanda a la M.I. Municipalidad de Guayaquil, en las interpuestas personas de sus representantes legales, señores Ab. Jaime Nebot Saadi Alcalde de Guayaquil y Dr. Guillermo Chang Durango, procurador Síndico Municipal, para que en sentencia se lo condene al pago de los valores que especifica en su libelo inicial. Calificada la demanda y admitida al trámite, se dispuso citar a la accionada M.I. Municipalidad de Guayaquil, en la persona de Ab. Jaime Nebot Saadi y Dr. Guillermo Chang Durango en su calidad de Alcalde y Procurador Síndico Municipal, y que se cuente con el Delegado Regional del Procurador General del Estado, lo cual se cumplió desde fojas 5, 6, 7, 8, 9, 10, 20, 21 y 22 de los autos. Se convocó a las partes a audiencia de conciliación, la misma que se celebró el día 16 de septiembre del 2002, a las 10h29, con la concurrencia del AB. DAGOBERTO DOMÍNGUEZ, a nombre y representación de la parte demandada, el mismo que dio contestación a la demanda y propuso las excepciones de las que se consideró asistido; y el AB. MIGUEL NARVÁEZ, a nombre y en representación de la parte actora, quien se ratificó en el contenido íntegro de la demanda presentada. Por existir hechos sujetos a justificación se dispuso recibir la causa a prueba por el término de seis días en el cual se han practicado las que obran de autos y por ser el estado del proceso, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.** En la tramitación de la causa, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, que pudiera influir en decisión de la causa, por lo cual se declara su validez; **SEGUNDO.** De conformidad con lo establecido en el art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligado a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen

conforme la Ley; **TERCERO.** Entre las excepciones deducidas por la parte accionada, se encuentra la prescripción de la acción, por lo que cabe analizarla. El propio demandante indica en su escrito inicial que terminó sus labores para con la Municipalidad de Guayaquil el 24 de agosto de 1992; y la demanda que motiva la presente acción ha sido citada a la Municipalidad de Guayaquil, los días 5 y 8 de julio de 2002. Es decir, a la fecha de la citación con la demanda había transcurrido con exceso los 3 años que determina el art. 635 (anterior 632) del Código del Trabajo. En la presente causa, el actor exige el pago de un beneficio de orden contractual, esto es, la bonificación complementaria, que emana de la contratación colectiva. Si bien es verdad, que el derecho a la jubilación patronal es de carácter imprescriptible, en cambio, no lo es el beneficio de orden contractual que tiene como origen la contratación colectiva. De tal forma, existen pronunciamientos de las Salas Especializadas de lo Laboral y Social del Máximo Tribunal de Justicia. Por consiguiente, se acepta la excepción examinada, y se declara prescrita la acción. Por estas consideraciones, la suscrita Juez Segundo Ocasional del Trabajo del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, declara sin lugar la demanda en todas sus partes. Sin costas ni honorarios que regular. Dese cumplimiento con lo ordenado en el art. 277 del Código de Procedimiento Civil. **Notifíquese.**

f) **Ab. Graciela Moreno Castillo, Juez Segundo Ocasional del Trabajo del Guayas.**

APELACIÓN

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, octubre 31 de 2008. Las 11h30.

VISTOS: El presente proceso sube mediante recurso de apelación interpuesto por la parte actora y de la adhesión de la parte demandada, de la sentencia emitida por el Juez Segundo Ocasional del Trabajo del Guayas que declara sin lugar. Por lo tanto siendo el estado de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO.** No hay omisión de solemnidad sustancial, ni violación de trámite que declarar; **SEGUNDO.** Cada parte estaba en la obligación de probar los hechos alegados; **TERCERO.** El actor manifiesta que es beneficiario de jubilación patronal habiendo servido a la **Municipalidad de Guayaquil** como obrero desde el 18 de abril de 1961 hasta el 24 de agosto de 1992, demanda el pago de la Bonificación Complementaria y de la Bonificación por Jubilación establecidas en el XII Contrato Colectivo vigente al término de la relación laboral; **CUARTO.** Que al contestar la demanda en la audiencia de conciliación (fs. 27-28) la demandada opone la excepción de prescripción de las reclamaciones que expresa ha sido acogida por la Primera Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo en reclamaciones análogas; **QUINTO.** La Cláusula Décima Sexta del XII Contrato Colectivo suscrito el 7 de octubre de 1992 (fs. 77 a 100), en el literal d) expresa

textualmente: “el empleador seguirá pagando a sus trabajadores y jubilados la Bonificación Complementaria, sin tener en consideración le remuneración que percibe el trabajador”. Es decir, que lo establece para los jubilados como un beneficio independiente y autónomo por el hecho de tener tal condición, aunque de hecho constituya un beneficio adicional y accesorio a la pensión jubilar y, por tratarse de una obligación de “tracto sucesivo” al igual que lo es la pensión jubilar, también “vitalicio” e “imprescriptible” por tanto su acción de reclamo, además de “intangible e irrenunciable” como son los derechos de los trabajadores activos y pasivos, y que de acuerdo al ámbito del Código del Trabajo lo determina el art. 1, regula las relaciones entre empleadores y trabajadores, el art. 5 ibídem determina que los funcionarios judiciales están obligados a prestar la debida protección para la debida garantía y eficacia de sus derechos, principalmente el art. 7 señala: en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores. Por lo tanto ha lugar el pago de la **Bonificación Complementaria**;

SEXTO. Respecto de la Bonificación por Jubilación contemplada en la Cláusula Décimo Quinta del XII Contrato Colectivo, no tratándose una obligación de “tracto sucesivo”, toda vez que la relación laboral terminó el 24 de agosto de 1992 habiéndose efectuado la citación con la demanda a la accionante el 8 de julio de 2002 (fs. 5 a 11 y de 20 a 22), ha lugar a la excepción de prescripción de la acción alegada por la parte demandada por haber transcurrido en exceso el lapso de tres años como lo manifiesta el art. 632 del Código del Trabajo;

SÉPTIMO. No se ha cuestionado la validez del XII Contrato Colectivo y su aplicación en fallos reiterados por las diversas Salas de la Corte Suprema, reitera su vigencia y eficacia. Hallándose los contratos colectivos especialmente garantizados por la Constitución de la República vigente. Por lo dicho ésta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, revoca el fallo del inferior declarando parcialmente con lugar la demanda en cuanto tiene que ver al considerando Quinto de ésta sentencia la misma que deberá ser liquidada ante el inferior con los datos recabados por la propia institución. Sin costas, ni honorarios de abogado que regular. **Publíquese y notifíquese.**

f) **Dr. Guillermo Timm Freire, Juez. Dr. Edison Vélez Cabrera, Juez. Dr. Rodrigo Saltos Espinoza, Juez.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 16 de julio de 2013. Las 09h35.

VISTOS. En el juicio oral de trabajo seguido por Carlos José Amable Torres Guzmán, en contra de la Municipalidad de Guayaquil, en las interpuestas personas de sus represen-

tantes legales; señores Ab. Jaime Nebot Saadi y Dr. Miguel Hernández Terán, Alcalde y Procurador Síndico respectivamente; las partes inconformes con la sentencia expedida el 31 de octubre de 2008 a las 11h30 (fs. 8 y vta. del cuaderno de segunda instancia) por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, que en los términos de ese fallo revocó la sentencia del inferior, declarando parcialmente con lugar la demanda y dispone que el juez inferior liquide con los datos recabados, 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 en pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución nro. 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; 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. Calificado por la Ex Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional 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 demandada, la M.I. Municipalidad de Guayaquil, afirma que en la sentencia que impugnan se han infringido los arts. 635 y 637 de la Codificación del Código del Trabajo; y, 19 de la Ley de Casación. Fundamenta el recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia. La parte accionante, Carlos José Amable Torres Guzmán, considera infringidas las siguientes normas del derecho; la Constitución de la República del Ecuador en su art. 326 numeral 13, el Código del Trabajo en su art. 1 inciso segundo, el art. 1561 del Código Civil; el Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito entre el M.I. Municipio de Guayaquil y el Comité Especial Único de los Trabajadores Municipales, en su cláusula Décimo Quinta, literal b) y el art. 19 de la Ley de Casación, por lo que de la misma forma que la parte demandada fundamenta el recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: 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 del 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, 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 desarrollado 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 nro. 66-10-CEP-CC, caso

nro. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento nro. 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 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...”. **CUARTO: ASUNTOS MATERIA DE RESOLUCIÓN.** Este Tribunal procede al examen de la sentencia para determinar si en ésta se han infringido o no las normas de derecho citadas por las partes y las que debían ser aplicadas obligatoriamente, en conformidad con las acusaciones formuladas. La entidad demandada alega, en su escrito de casación, que la sentencia del Tribunal de alzada ilegalmente califica a la bonificación complementaria, establecida en el Décimo Segundo Contrato Colectivo, como prestación accesorio a la jubilación patronal. Que es ilegal dar el carácter de accesorios a beneficios contractuales que son totalmente independientes de cualquier otro derecho. Que no existe entre estos beneficios contractuales y la jubilación patronal la relación de principal y accesorio, el un derecho no es la razón de la existencia del otro. La parte accionada alega que “Un derecho es accesorio cuando su existencia está condicionada a la existencia de un derecho –y correlativamente, una obligación– principal; y, en segundo término, el derecho a una prestación accesorio está vinculado a la exigibilidad de la prestación principal”. Que, “La sentencia es ilegal porque al **no** ser la Bonificación Complementaria establecida en la Cláusula Décima Sexta del Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y el Comité Especial Único de los Trabajadores, parte integrante de la jubilación patronal, **es prescriptible** y la sentencia al aceptar la demanda, viola las disposiciones transcritas...” El actor por su parte argumenta en el recurso que “Los señores Jueces de Primera y Segunda instancia, reconocida expresamente la relación laboral por la parte procesal demandada, tenían la obligación legal moral y sagrada de aplicar las normas del derecho mencionadas en el numeral 2do. de este escrito de interposición del Recurso de Casación, en la sentencia”, refiriéndose al art. 1 del Código del Trabajo, segundo inciso, art. 1561 del Código Civil y art. 19 de la Ley de Casación, relativo a la aplicación obligatoria de los fallos de triple reiteración. Menciona además en el recurso “El Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, es ley especial porque rige las relaciones laborales de un determinado empleador y sus trabajadores y jubilados.” **QUINTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS. PRIMERA:** Con relación a la acusación de la parte demandada que expresa se han infringido los arts. 635 y 637 de la Codificación del Código del Trabajo y art. 19 de la Codificación de la Ley de Casación, la parte accionada en el acápite de fundamentos expresa que en la contestación dada a la

demanda ha deducido la excepción de prescripción de la acción respecto de la bonificación complementaria, lo cual se corrobora con lo constante en el Acta de Audiencia de Conciliación (fs. 27 y 28 del cuaderno de primera instancia); por lo que corresponde analizar sobre esta alegación y que al respecto se observa: **1:** Luis Claro Solar al analizar sobre la prescripción expresa el doble aspecto en que puede ser considerada y clasificada, esto es: "...prescripción adquisitiva o usucapión (...), mediante la cual "...nos hace adquirir" mediante el uso en la tenencia con ánimo de señor o dueño durante un lapso determinado el dominio de las cosas ajenas..."; y, "...prescripción extintiva o liberatoria", o sea aquella "...que nos libera de una obligación extinguiéndola". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VIII, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 19 y 20). En ese sentido el art. 2392 del Código Civil del Ecuador expresa: "Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción". A su vez, el art. 2393 *ibidem* señala: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El Juez no puede declararla de oficio". **1.1.** Al analizar la prescripción extintiva en materia laboral, una de las censuras que se ha efectuado con respecto a la prescripción extintiva es de considerar que colisiona con el carácter tuitivo de aquel, en cuanto por la vía de la prescripción se afectan derechos de las y los trabajadores. Sin embargo, en este debate la doctrina laboral explica que la prescripción extintiva o liberatoria surge a consecuencia de la necesidad de consolidar el principio de seguridad jurídica, que entre otros aspectos tiene un interés público. En este sentido Guillermo Cabanellas, al referirse a la prescripción en el derecho laboral sostiene: "Todo derecho ha de ejercitarse dentro del plazo válidamente señalado, para evitar que prescriban las acciones de que se dispone a fin de tornarlo efectivo judicialmente, cuando no haya habido satisfacción y cumplimiento por la otra parte. Por la prescripción liberatoria se considera que el acreedor, cuando deja pasar cierto tiempo sin ejercer la acción concedida en derecho, decae tácitamente de su posición, por cuanto se presume, ante su inacción o silencio, que ha remitido la deuda. En Derecho Laboral, dados los intereses en juego y la necesidad de conocer el alcance inmediato de las obligaciones y de los derechos, la prescripción es generalmente más corta que en el Derecho Civil y en el Comercial. Hay un interés social en no prolongar por demás una situación de incertidumbre, y se presume por la tácita que el no ejercer la acción legalmente reconocida, dentro del término fijado para ello, equivale a la renuncia de un derecho, considerado tal vez como improcedente por el eventual acreedor. Por otra parte, la dificultad de la prueba, tanto más insegura, cuanto más se aleja del momento en que se crearon las relaciones jurídicas o en que se produjeron los hechos de trascendencia en las mismas, justifica igualmente la fijación de un plazo prescriptivo más

corto..." (Tratado de Derecho Laboral, Doctrina y Legislación Iberoamericana, Tomo II, Volumen 3, Tercera Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires - República Argentina, 1998, pp. 532-533). **1.2.** En el Ecuador la prescripción en la Legislación Laboral ha tenido diferentes matices, así al dictarse por primera vez el Código del Trabajo mediante Decreto Supremo nro. 210 por parte del General G. Alberto Enríquez, Jefe Supremo de la República, con fecha 5 de agosto de 1938, en el Título VIII, Capítulo Único, en el art. 476 se adoptó el sistema de prescripción extintiva en el ámbito laboral, al expresar: "Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en un año, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y más pertinentes de este Código...". Más adelante, al promulgarse la Primera Codificación del Código del Trabajo en octubre de 1960, en el Título VIII, art. 533, al regularse sobre la prescripción, se vuelve a reiterar el concepto de que en materia laboral las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en un año. En tanto que, al publicarse la Segunda Codificación del Código del Trabajo en el Registro Oficial Suplemento nro. 239, de fecha 7 de junio de 1971, en el Gobierno de José María Velasco Ibarra, en el Título Octavo, al tratar sobre la prescripción en el art. 581, se modifica el tiempo para que opere la prescripción al decir: "Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo especialmente contemplados en este Código". En la actualidad, en el art. 635 del Código del Trabajo se mantiene un texto similar al antes indicado, referente a la prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos; y, en el art. 637 *ibidem* se regula sobre suspensión e interrupción de la prescripción. **1.3.** La anterior Corte Suprema de Justicia, mediante vía jurisprudencial determinó la imprescriptibilidad del derecho al fondo de reserva, fundamentando tal decisión entre otros aspectos, en el derecho reconocido de manera expresa a los trabajadores en la norma que en la actualidad consta en el inciso segundo del art. 196 del Código del Trabajo que contempla: "El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo". Texto de orden legal que fue adoptado por primera vez en el inciso segundo del art. 124 del Código del Trabajo de 1938 y que definió la naturaleza jurídica de orden legal del derecho al fondo de reserva. **1.4.** Asimismo, la Corte Suprema de Justicia mediante Resolución publicada en el R.O.S nro. 233 de 14 de julio de 1989 expresó, que es imprescriptible el derecho del trabajador, que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continuada o interrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal al que se refiere el art. 221, actual 216 del Código del Trabajo. Resolución que tuvo como antecedente varios pronunciamientos en el sentido que la naturaleza jurídica de este derecho se halla definida por aspectos reconocidos en el Código del Trabajo, al sostener que la Jubilación Patronal establecida en este cuerpo legal, es una prestación de tracto

sucesivo y de carácter vitalicio; y, que la o el trabajador para alcanzar el derecho en análisis debe haber laborado 25 años o más en beneficio de un mismo empleador, de forma continuada o interrumpidamente. Por tanto, la Corte Suprema de Justicia estableció a la jubilación patronal como un derecho imprescriptible dada su naturaleza jurídica de orden legal cuyos elementos sustanciales se hallan normados en el Código del Trabajo. **1.5.** Lo antedicho lleva a analizar el alcance jurídico sobre la prescripción de los derechos que emanan de un contrato colectivo; por lo que para tratar este tema es necesario al menos en forma general, realizar algunos señalamientos sobre la naturaleza jurídica de la contratación colectiva en el ámbito laboral. Al respecto es conocido que al referirnos a la naturaleza jurídica general del derecho, estamos en el ámbito de la esencia de un género, o sea, del conjunto de propiedades que poseen las distintas instituciones del derecho, en cada caso. En esta materia los tratadistas Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, al tratar sobre la naturaleza jurídica del convenio colectivo expresan que este "...se elabora con arreglo a mecanismos contractuales, pero proporciona por su ámbito de aplicación una regulación abstracta y general de vocación idéntica a la de la norma jurídica...". (Derecho del Trabajo, Séptima Edición, Tecnos, Madrid-España, 1998, pp. 348). En este sentido Krotoschin, sostiene: "Para que los convenios colectivos puedan cumplir su función, es necesario que prevalezcan sobre los arreglos individuales, por lo menos cuando éstos últimos sean menos favorables. Los convenios colectivos deben ser obligatorios en el sentido de que eliminan cualquier cláusula contraria, menos ventajosa contenida en un contrato individual. Además, deben tener efecto de reemplazar inmediatamente las cláusulas contrarias individuales por las del convenio colectivo (...). El concepto y naturaleza jurídica del convenio colectivo fue acercándose a la ley (sentido amplio), esto es, a una norma jurídica objetiva, establecida por organizaciones provistas de autonomía..." (Manual de Derecho del Trabajo, Tercera Edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1978, pp. 214-216). En esta medida, el art. 220 del Código del Trabajo ecuatoriano define al contrato colectivo como: "...el convenio celebrado entre uno o más empleadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto". Contrato colectivo que según la doctrina es único, sin embargo de lo cual en nuestro ordenamiento jurídico existe la institución de la revisabilidad de aquel, conforme a lo constante en el Título II, Capítulo II del Código del Trabajo, a fin de ir regulando mediante convenios las condiciones de trabajo en cada empresa. Lo cual conduce a sostener que, la contratación colectiva del trabajo se explica por su carácter contractual entre los sujetos propios de este tipo de contratación, esto es, la parte empleadora como empresa, a través de su representante legal u otras formas de representación y la or-

ganización de trabajadores constituidas en Comité de Empresa, Sindicato o Asociación, según el caso, a quienes el Estado les reconoce el ejercicio del principio de autonomía colectiva, para que en un proceso de negociación con tutela constitucional, de estándares internacionales y de orden legal, acuerden las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo entre empleadores y trabajadores, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto colectivo y acordadas a través de cláusulas normativas y obligaciones, entre otras, con el propósito de mejorar las condiciones de vida y de trabajo reconocidas en pactos colectivos anteriores, y dentro del marco del ordenamiento constitucional, internacional y legal. Autonomía colectiva que a decir de Alfredo Villavicencio Ríos se define: "...como el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)" (...) y que desde su visión se conforma de tres componentes: "1) institucional, que corresponde a la auto organización de grupo y la autorregulación de su esfera de actuación interna; 2) normativo, como potestad de producir normas autónomamente dirigidas a regular las relaciones laborales; y, 3) de autotutela, que importa la potestad de recurrir a medios de presión propios para que los intereses definidos sean atendidos...". (Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 48 y 49). Ello explica, que de conformidad con el art. 326 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador: "Se garantiza la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley". Y por tanto el cumplimiento de los beneficios que surgen de la contratación colectiva del trabajo y convenidos sobre la base del principio de autonomía colectiva deben ser exigidos por las o los trabajadores a la parte empleadora, en los tiempos que determina para ello el Código del Trabajo, con las excepciones respectivas ya que, de no hacerlo, se estaría a los efectos jurídicos constantes en la prescripción extintiva provenientes de actos o contratos como prescribe el art. 635 del Código del Trabajo, esto es, en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral; las prescripciones especiales que operan en un mes al tenor de lo previsto en el art. 636 *ibidem*, los casos de suspensión e interrupción de la prescripción según lo previsto en el art. 637 del mismo cuerpo de leyes y las prescripciones relacionadas con los riesgos de trabajo que en la actualidad también prescriben en tres años, según lo constante en el art. 403 del Código de la materia. **1.6.** De lo expuesto se infiere que en materia laboral la naturaleza jurídica tiene dos fuentes; de una parte, la de carácter legal, en tanto la ley define los elementos que la caracterizan como tal y cuyos casos más visibles son las declaratorias de imprescriptibilidad por parte de la ex Corte Suprema de Justicia de la Jubilación Patronal Laboral y el Fondo de Reserva; y de otra, la naturaleza jurídica de orden contractual, mediante la cual los sujetos activos en el proceso de contratación

colectiva esto es la empresa y la asociación de trabajadores legalmente constituida, quienes en uso del principio de autonomía colectiva en el proceso de negociación respectivo establecen de mutuo acuerdo las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto colectivo, cuyo reclamo con respecto a los beneficios pactados en el contrato colectivo deben efectuarse en las temporalidades previstas en los arts. 635, 636, 637, 403 y más normas conexas para evitar los efectos jurídicos en el caso de que la parte accionada alegue prescripción. **2.** En el presente caso corresponde por tanto definir la naturaleza jurídica de la que emana la “bonificación complementaria”, para determinar si proviene de un origen contractual; o, legal y sobre esa base decidir si se trata de un derecho prescriptible o imprescriptible. En la especie, obra de autos el Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la Municipalidad de Guayaquil y sus trabajadores, representados por el Comité Especial Único de los Trabajadores Municipales (fs. 77-100), en el cual en la Cláusula Décimo Sexta, literal c) consta el acuerdo colectivo siguiente: “El Empleador seguirá pagando a sus trabajadores y jubilados la Bonificación Complementaria, sin tener en consideración la remuneración que percibe el trabajador. Los nuevos trabajadores percibirán esta bonificación de acuerdo a las disposiciones legales que la regulan”. Cláusula de la cual se establece que este beneficio ha sido el resultado de una de las convenciones de las partes contratantes en ejercicio del principio de autonomía colectiva; y no de una norma legal que lo incorpore como parte de la jubilación en general o de la jubilación patronal en particular, como ocurrió con el décimo tercer y décimo cuarto sueldos que se los consideró como pensiones adicionales mediante ley especial, a consecuencia de lo cual la Bonificación Complementaria por su naturaleza jurídica de carácter contractual no puede ser considerada como parte integrante de la jubilación patronal, sino el resultado del pacto colectivo suscrito entre las partes contratantes, circunstancia de orden jurídico que a la bonificación complementaria le torna en un derecho prescriptible conforme a las disposiciones constantes en el Código del Trabajo. Se precisa además que la bonificación complementaria se creó en 1975 como un beneficio de orden social que al pasar los años se extinguió con el proceso de unificación salariales al tenor de los arts. 131 y 132 del Código del Trabajo; y, que luego de las regulaciones constantes en los Decretos 1701 publicado en el R.O. nro. 592, de 18 de mayo de 2009; 225, R.O. nro. 123, de 4 de febrero de 2010; y, Acuerdo Ministerial nro. 76, constante en el R.O. nro. 715, de fecha 01 de junio de 2012, en el que se limita los techos de negociación de los contratos colectivos, al referirse a las bonificaciones, en el art. 3, párrafo noveno contempla: “Se prohíbe a todas las instituciones del Estado del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con lo establecido en el Mandato Constituyente nro. 8, el restablecimiento o creación de nuevos subsidios, compensaciones sociales, gratificaciones, bonificaciones o aniversarios institu-

cionales distintos a los permitidos por los Decretos Ejecutivos 1701 y 225. Los beneficios establecidos en el presente artículo no se considerarán como adicionales a los que vienen percibiendo las y los trabajadores, y en caso que se encuentren percibiendo dichos beneficios, estos se ajustarán hasta máximo los techos de los nuevos valores establecidos en el presente acuerdo”. **3.** Con respecto al criterio de que la bonificación complementaria tiene la condición de accesoria y la jubilación patronal por su carácter de imprescriptible, la condición de principal y en el entendido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, se debe tener en cuenta lo siguiente: **3.1.** En términos generales, lo principal es lo esencial o fundamental, esto es, lo que puede existir con independencia, en tanto que lo accesorio, por su naturaleza es lo secundario o subordinado a lo principal. **3.2.** En nuestra legislación, el art. 1458 del Código Civil señala: “El Contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. En concordancia con esta norma, el art. 2416 del mismo cuerpo legal contempla: “la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”; y, el art. 2420 del mismo cuerpo legal contempla: “la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas designadas en el numeral 1o. del artículo 2409”. A su vez el art. 2336 del Código Civil determina: “la hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”; de lo cual se infiere, de una parte, que en materia contractual el contrato principal es aquel que subsiste por sí mismo y que para su existencia no está supeditado a ninguna otra convención; en tanto que el contrato accesorio tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal; por lo que, no se justifica su existencia cuando no existe un contrato principal; y de otra, que en materia de derechos no es aplicable la lógica contractual, por cuanto en el ámbito de estos, no existen derechos principales y derechos accesorios, en tanto la Constitución expresa que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, de ahí que cuando se produce antinomias entre derechos existen modos de resolverlas como la aplicación del principio de ponderación. **3.3.** Luis Claro Solar, al analizar el Libro IV del Código Civil de Chile y referirse sobre los contratos principales y accesorios se remite al art. 1442 que dice: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. El mismo autor además sostiene: “Así es contrato principal un

contrato de compraventa liso y llano en que el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida y el comprador, a pagar el precio convenido; y sería accesorio a este contrato de compraventa el de hipoteca convenido entre las partes para seguridad del precio. El art. 1442 indica la diferencia que hay entre una clase de contratos y otra, al expresar que el contrato accesorio no puede subsistir sin la existencia de la obligación que nace del contrato principal. Es este el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero un contrato accesorio de garantía puede celebrarse válidamente para seguridad de una obligación natural” (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen V, de las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp. 575-576).

3.4. Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., al tratar sobre las mismas instituciones indican: “Estos contratos accesorios corresponden a lo que ordinariamente llamamos cauciones. Según el artículo 46 del Código Civil “caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución, la fianza, la hipoteca y la prenda. Son, pues, expresiones sinónimas. Ejemplos de contratos accesorios: la prenda, la hipoteca, la fianza, la anticresis, la cláusula penal, etc. (...). La clasificación en contratos principales y accesorios no tiene importancia sino para determinar la extinción de los mismo. Dice el aforismo que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero no lo principal la suerte de lo accesorio”. (Curso de Derecho Civil, Tomo IV, basado en las Clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H., Tercera Edición, Chile, Santiago, 1993, pp. 49-50).

3.5. De modo parecido a lo que ocurre en la legislación de Chile, en el Ecuador, el art. 31 del Código Civil expresa: “Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”. Por tanto, afirmar que es una obligación accesorio y sobre esa afirmación sostener que es imprescriptible, tales afirmaciones se apartan de los elementos esenciales que distinguen a los contratos en su condición de principales y accesorios; más aún cuando la Jurisprudencia en el Ecuador ha sido determinante al señalar que la jubilación patronal es imprescriptible y en el presente caso al establecerse que la bonificación complementaria es un beneficio social que nace de una relación contractual, no existen explicaciones de orden doctrinario ni legal que permitan sostener que esta bonificación es una obligación accesorio.

4. En la especie, el actor en el libelo inicial expresa haber prestado sus servicios lícitos y personales en la Municipalidad de Guayaquil desde el 18 de abril de 1961 hasta el 24 de agosto de 1992 (fs. 1) y la demanda la presenta el 10 de junio de 2002 a las 16h58, esto es, a más de los diez años y siendo que el art. 635 del Código del Trabajo contempla: “Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral...” y según el art. 637 ibídem, “la prescripción de tres años o más se suspende e interrumpe

de conformidad con las normas del Derecho Civil; pero transcurridos cinco años desde que la obligación se hizo exigible, no se aceptará motivo alguno de suspensión y toda acción se declarará prescrita”; a consecuencia de lo cual se deduce, que la reclamación formulada por el actor en la presente causa relacionada con el pago de la bonificación complementaria se halla prescrita, asunto que no ha sido analizado ni considerado por el Tribunal Ad quem, por lo que se ha producido en la presente causa una transgresión y por tanto la falta de aplicación en la sentencia de los arts. 635 y 637 del Código del Trabajo, pese a que la parte demandada en momento oportuno se excepcionó alegando la prescripción de la acción, siendo por tanto en esta parte procedente la acusación efectuada y sustentada en las normas de orden legal que se precisa en el recurso. **SEGUNDA:** En cuanto a la impugnación del actor, referente a la inobservancia de los Jueces a las normas prescritas en el art. 326 numeral 13 de la Constitución, art. 1 del Código del Trabajo, art. 1561 del Código Civil y art. 19 de la Ley de Casación, argumentando que, “en la primera instancia adjunté copia de Registros oficiales que contienen las sentencias citadas por las Salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en los juicios seguidos por mis compañeros de trabajo...”, por lo que al respecto se establece: **1.** Carlos Bernal Pulido, al referirse al Estado Constitucional sostiene que la principal ley de construcción de este tipo de Estado es: “...el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales...” (El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149). En este contexto siendo que la Constitución del 2008 caracteriza al Estado Ecuatoriano como “...constitucional de derechos y justicia...”, a decir de Jorge Zavala Egas “La significación de ser un Estado constitucional de derechos es una superación a nuestra construcción como un Estado social de derecho. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción sino también por los que se refiere a los contenidos producidos. Así ha nacido el modelo “garantista” que proclama la invalidez del derecho ilegítimo...” (Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex S.A. Editores, 2010, pp. 141-143).

2. Por lo prescrito en el actual art. 216 del Código del Trabajo, cuyos antecedentes se hallan, en los arts. 136 del primer Código del Trabajo de 1938, 178 de la Codificación de 1960 y posteriormente en textos similares, se establece que la jubilación patronal es un derecho del cual gozan las y los trabajadores, que han cumplido con los presupuestos jurídicos establecidos en la Ley. **3.** La ex Corte Suprema de Justicia mediante Resolución publicada en el Registro Oficial Suplemento 233 de fecha 14 de julio de 1989 resolvió “que es imprescriptible el derecho del trabajador, que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continuada o interrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal...”. Resolución que tuvo como

antecedente varios pronunciamientos en el sentido que la naturaleza jurídica de este derecho se halla definida por aspectos reconocidos en el Código del Trabajo, específicamente en el art. 216, al sostener que la Jubilación Patronal establecida en este cuerpo legal, es una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio; y, que la o el trabajador para alcanzar el derecho en análisis debe haber laborado 25 años o más en beneficio de un mismo empleador, de forma continuada o interrumpidamente. Por tanto, la Corte Suprema de Justicia estableció a la jubilación patronal como un derecho imprescriptible dada su naturaleza jurídica. 4. Teniendo como base los antecedentes expuestos esta Sala ha observado que la bonificación por jubilación, conferida mediante vía de contratación colectiva, como indica expresamente en su Cláusula Décima Quinta, literal "...b) A los trabajadores que se retiren de sus labores para acogerse a la jubilación del I.E.S.S., con quince hasta veinte años de servicios, la cantidad de diez mensualidades, y al trabajador que se retire por el mismo motivo con más..."; se encuentra tutelada bajo el principio de conexidad con relación a la jubilación patronal, de lo cual se colige que por tanto también goza del carácter de imprescriptibilidad. Del proceso se desprende que el actor ha justificado debidamente su condición de jubilado (fs. 65) presentando copia certificada tanto de su credencial de identificación de jubilado patronal conferido por la propia entidad demandada, como de la credencial de jubilación conferida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; así como también se desprende que el tiempo de servicios del actor es de 31 años de trabajo en el M.I. Municipio de Guayaquil. Por lo tanto, se rechaza la acusación de prescripción de la acción alegada por la parte demandada y acogiendo el recurso interpuesto por el actor, por cuanto en este rubro no procede la transgresión de los arts. 635 y 637 del Código del Trabajo, ni del art. 19 de la Ley de Casación, y en base a los méritos procesales expresados de la forma que consta anteriormente, ha lugar al pago de la Bonificación por jubilación. 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 del Tribunal Ad quem, y se revoca en lo concerniente al pago de la bonificación complementaria, prestación que no procede por estar prescrita y haber sido alegada oportunamente, a su vez confirma el pago de la Bonificación por Jubilación, teniendo en cuenta los razonamientos expuestos. El Juez a quo practicará la liquidación respectiva. **Notifíquese.**

f) **Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso y Dr. Jorge Blum Carcelén (V.S), Jueces Nacionales.**

**VOTO SALVADO DEL DOCTOR
JORGE M. BLUM CARCELÉN**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA LABORAL. Quito, 10 de julio de 2013. Las 09h35.

VISTOS: Los recurrentes **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN (actor); AB. JAIME NEBOT SAADI (ALCALDE DE GUAYAQUIL); y, DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN (PROCURADOR SÍNDICO MUNICIPAL) (demandados)**, interponen recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, de 31 de octubre de 2008, las 11h30, dentro del Juicio Verbal Sumario nro. 1286-2006-3, seguido por el actor en contra de la Municipalidad de Guayaquil, que revoca el fallo del Juez Segundo Ocasional de Trabajo del Guayas, de fecha 05 de septiembre de 2006, las 11h45, declarando parcialmente con lugar la demanda en cuanto tiene que ver al considerando QUINTO del fallo. Por sorteo de ley del proceso realizado el 15 de marzo de 2012, le correspondió a este Tribunal de Casación de la Sala Laboral, el conocimiento de la presente causa y al ser el estado de dictar sentencia, este Tribunal conformado por los señores Jueces Nacionales: Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia (P), Dr. Jorge Blum Carcelén; y, Dr. Wilson Andino Reinoso, proceden a emitir su pronunciamiento por escrito, a cuyo efecto realizan las siguientes consideraciones: **1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** La Sala Especializada de lo Laboral tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia laboral según los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 613 del Código del Trabajo; artículo 1 de la Ley de Casación y, 191 del Código Orgánico de la Función Judicial. **2.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN:** El casacionista **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN (actor)**, por su parte afirma que en la sentencia que impugna se han infringido las siguientes normas de derecho: art. 326 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador; art. 1 segundo inciso del Código del Trabajo; art. 1561 del Código Civil; Cláusula Décima Quinta literal "b" del 12º. Contrato Colectivo de Trabajo; y, art. 19 inciso segundo de la Ley de Casación. Fundamenta su recurso en la causal 1ª. del artículo 3 de la Ley de Casación. La impugnación del recurso se centra en afirmar que: "...la relación laboral o relación de dependencia expresamente ha sido reconocida por la parte procesal demandada al contestar la demanda en la audiencia de conciliación; que los señores Jueces de primera y segunda instancia tenían la obligación legal, moral y sagrada de aplicar las normas de derecho arriba mencionadas; que el 12º. Contrato Colectivo de Trabajo, es ley especial porque rige las relaciones laborales de un determinado empleador y sus trabajadores y jubilados; que el Contrato Colectivo de Trabajo no está subordinado al Código del Trabajo, ni viceversa, que estos dos son fuentes importantes e independientes del derecho del trabajo, que el Contrato Colectivo de Trabajo, consagra beneficios económicos y sociales, independientes de los beneficios que consagra el Código del Trabajo, a favor de los trabajadores y jubilados de una determinada institución pública, en este caso los trabajadores y jubilados de la Municipalidad de Guayaquil; que la parte demandada dedujo la excepción

de prescripción de la acción. Por su lado los casacionistas **JAI ME NEBOT SAADI (ALCALDE DE GUAYAQUIL)**; y, **DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN (PROCURADOR SÍNDICO MUNICIPAL)** (demandados), señalan que en la sentencia que atacan se han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 635 y 637 del Código del Trabajo; y, artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación. Fundamentan su recurso en la causal 1º. del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisdiccionales obligatorios, en la sentencia. La impugnación del recurso se centra en afirmar que: *“...La sentencia ilegalmente califica a la bonificación complementaria establecida en el 12º. Contrato Colectivo de Trabajo, como prestación accesoria a la jubilación patronal; que es ilegal dar el carácter de accesorio a un beneficio contractual que es totalmente independiente de cualquier otro derecho, que no existe entre ese beneficio contractual y la jubilación patronal de principal y accesorio, que el derecho no es la razón de la existencia del otro; que así mismo es ilegal, porque al no ser la bonificación complementaria establecida en la Cláusula Décima Sexta del 12º. Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y el Comité Especial Único de los Trabajadores, parte integrante de la jubilación patronal, es prescriptible, y la sentencia al aceptar la demanda, viola las disposiciones transcritas; que como se evidencia no existe las situaciones de hecho y de derecho que determinan la relación de accesoriidad de los beneficios contractuales respecto de la jubilación patronal; que la prescripción como una forma de extinguir las acciones provenientes de actos y contratos de trabajo se encuentran definidas en el artículo 635 del Código del Trabajo, y que la Municipalidad de Guayaquil conforme lo reconoce la propia sentencia alegó expresamente en la contestación dada a la demanda; que la ex Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración han señalado que los únicos derechos imprescriptibles que tienen los trabajadores sujetos al Código del Trabajo son la jubilación y los fondos de reserva, es decir, “el derecho para demandar cualquier otro beneficio en contrato colectivo es prescriptible”; que con los antecedentes expuestos, solicita se revoque dicho fallo y en su lugar se expida un ajustado a derecho; así como también, se suspenda la ejecución de la sentencia, para la cual su representada está exenta de rendir caución conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 10.* **3.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS:** La casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento riguroso de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación; y por su parte el Tribunal de Casación para decidir, tiene que limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el libelo de la casación. El tratadista Santiago Andrade Ubidia, referente a 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 (hoy Corte Nacional), realice el control de la actividad de los Jueces y Tribunales de instancia en su labor ju-*

risdiccional, velando porque los mismos se encuadren en el ordenamiento jurídico. Labor de naturaleza fundamentalmente pública...”. Para la valoración de la prueba, el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador sigue el sistema de la “sana crítica”, conforme el enunciado del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que es mandatorio de que el juzgador debe apreciar las pruebas en su conjunto, las cuales deben cumplir con las solemnidades que para cada caso prescriban las leyes aplicables. Queda claro entonces, que el Tribunal de Casación no tiene la posibilidad de entrar en consideraciones acerca de los hechos que ya han sido definidos y fijados por los Jueces de mérito. Este sistema de la sana crítica también denominado de la “persuasión racional” o de la “libre convicción” es al mismo tiempo obligación y facultad, porque como queda expresado, debe sujetarse a las ritualidades que la ley dispone para cada una de ellas, y es facultad porque permite al Juez apreciarlas y expresar su criterio en base de su convicción, manifestando las razones en que funda su fallo, como dice Enrique Paillas en su libro “Estudios de Derecho Probatorio”, página 23: *“Pero lo importante no es su nombre, sino su rasgo característico que permite diferenciarlo de aquel sistema extremo en que el juez valora libremente la prueba sin dar razón de su pensamiento; en este sistema de la persuasión racional el juez debe justamente dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la litis según “allegata et probata”, pues al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios...”* **4.- FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL DE LA SALA LABORAL:** El Derecho Laboral en nuestro país, por su parte, mantiene en su concepción y en su articulado los principios del derecho social, que se inician en la Norma Suprema, cuando garantizan al trabajador la intangibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos y el “*Indubio pro labore*” en el caso de que se presenten dudas en la aplicación de normas. El Código del Trabajo desarrolla los mencionados principios y confirma el amparo y protección que se debe al trabajador por considerarlo vulnerable frente al empleador. El artículo 1 de la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, principios cuyo ejercicio está determinado en el artículo 11 de la Carta Política, destacándose el mandato del numeral 9º., que determina: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución”*. Según consta del relato histórico de los hechos, entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y el Comité Especial Único de Trabajadores, suscribieron el 07 de octubre de 1991, el Décimo Segundo Contrato Colectivo de Trabajo; que el ex trabajador **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN (actor)**, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales desde el 18 de abril de 1961 hasta el 24 de agosto de 1992, es decir, por un lapso de 31 años consecutivos, encontrándose amparado por el 12º. Contrato Colectivo de Trabajo, antecedente por el cual accedió a la jubilación patronal; con tal hecho, deduce demanda laboral

en juicio verbal sumario, en la que reclama el pago de los beneficios económicos de los jubilados municipales a los que se refieren las Cláusula Décimo Quinta y Décimo Sexta del 12°. Contrato Colectivo de Trabajo antes citado, causa que se sustanció en el Juzgado Segundo Ocasional del Trabajo del Guayas; que la parte demandada fue citada los días 4, 5 y 8 de julio de 2002, causa frente a la que dedujeron como excepción la prescripción de la acción de conformidad con lo prescrito en los artículos 635 y 637 del Código del Trabajo, que dicen, en su orden: “...**acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral...**”; y, “...**la prescripción de tres años o más se suspende e interrumpe de conformidad con las normas del derecho civil; pero transcurrido cinco años desde que la obligación se hizo exigible, no se aceptará motivo alguno de suspensión y toda acción se declarará prescrita**”, excepciones que fueron aceptadas por el Juez de primer nivel en sentencia pronunciada el 05 de septiembre de 2006, las 11h45; fallo sobre el cual las partes interpusieron recurso de apelación que fue conocido por la Segunda Sala de lo Laboral de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas, la misma que con fecha 31 de octubre de 2008. Las 11h30, dicta sentencia revocando el fallo del Juez inferior, declarando parcialmente con lugar la demanda deducida por **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN**, en cuanto tiene que ver al considerando QUINTO de la sentencia. Con los hechos expuestos las partes (**actor y demandado**) deducen recurso de casación sustentados en la causal 1°. del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación, que refiere a la “**Falta de aplicación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios**” y bajo las mismas normas de derecho que fueron objeto de su excepción en la demanda laboral conocida por el Juez Segundo Ocasional de Trabajo del Guayas y ulterior recurso de apelación. El Tribunal de Casación de la Sala Laboral para el correspondiente análisis de las alegaciones expresadas por los casacionistas, pone de relieve los siguientes aspectos: la Cláusula Décimo Quinta del 12°. Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito el 07 de octubre de 1991, en el literal “b” expresa textualmente: “**La Municipalidad de Guayaquil pagará a sus trabajadores bonificaciones por retiro voluntario, jubilación o fallecimiento con las estipulaciones y cantidades que a continuación se detallan:...** b) **A los trabajadores que se retiren de sus labores para acogerse a la jubilación del I.E.S.S, con quince hasta veinte años de servicio, la cantidad de diez mensualidades, y al trabajador que se retire por el mismo motivo con más de veinte años de servicios, la suma de doce mensualidades...**”; y, la Cláusula Décimo Sexta del mismo contrato en el literal “d” expresa textualmente: “**El empleador seguirá pagando a sus trabajadores y jubilados la bonificación complementaria, sin tener en consideración la remuneración que percibe el trabajador. Los nuevos trabajadores percibirán esta bonificación de acuerdo a las disposiciones legales que la regulan**”, quedando claro y lejos de

toda duda que tales bonificaciones se establecieron en el contrato como un beneficio independiente y autónomo por el hecho de tener tal condición “**jubilados**” siendo independiente y autónomo es un derecho accesorio a la jubilación (**lo accesorio corre la suerte de lo principal**); por lo tanto, es vitalicio e imprescriptible considerando además que el derecho de los trabajadores son intangibles e irrenunciables. Este Tribunal de la Sala Laboral, aprecia que la Municipalidad de Guayaquil, a la suscripción del 12°. Contrato Colectivo de Trabajo de hecho y de derecho, asumió como su responsabilidad el pago de la pensión jubilar más las bonificaciones complementarias, conforme lo previsto en el literal “d” de la Cláusula Décimo Sexta del referido Contrato Colectivo, a favor del señor **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN**, contrato que por mandato del artículo 1561 del Código Civil, es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, cuestión que no ocurre en el presente caso, consecuentemente debe entenderse que a la fecha estaba plenamente vigente, y así lo entendieron las partes, de ahí precisamente que la Municipalidad de Guayaquil venía pagando la pensión jubilar bajo los parámetros señalados, a excepción de las bonificaciones complementarias. Sin duda alguna en la negación y ulterior suscripción de los contratos colectivos, los contratantes negocian, discuten, conciertan el reconocimiento de aspiraciones mutuas y básicamente conquistas de carácter laboral que tienen por objeto blindar los derechos de los trabajadores que en la relación resulta ser la parte más vulnerable, por tanto siendo el contrato colectivo ley para las partes, debe interpretárselo recurriendo a la clara intención contenida en él, tal como lo prevé el inciso 2°. del numeral 1°. del artículo 18 del Código Civil. Por otro lado, no debemos dejar de considerar que el Código del Trabajo en su Artículo 7 (*Indubio pro operario*) establece claramente que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores; y, es un imperativo que dichos funcionarios deben prestar los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos. La Constitución de la República vigente a la fecha determinaba en el numeral 3°. del artículo 35 que: “**...El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores y adoptará las medidas para su aplicación y mejoramiento**”, disposición que tiene estrecha armonía con la contenida en el numeral 12°. que a su vez determinaba “**...Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral**”. Este Tribunal de la Sala Laboral, vuelve a insistir que el contrato constituye ley para los contratantes, por tanto, mientras no sea invalidado es de cumplimiento obligatorio, y bajo esta premisa para el análisis del caso que nos atañe, la Municipalidad de Guayaquil tan solo debe cumplir con su obligación derivada de la suscripción del 12°. Contrato Colectivo de

Trabajo, por tanto su incumplimiento no puede soslayarse en las disposiciones de los artículos 635 y 637 del Código del Trabajo, porque frente a ellas prevalecen las disposiciones del contrato colectivo, y no pueden por tanto aplicárselas y peor aún, menoscabar el derecho del trabajador, que ya fue debidamente reconocido y aceptado por la Municipalidad de Guayaquil; tanto así que, pagaba al trabajador la pensión jubilar en cumplimiento de la cláusula décimo sexta del 12°. Contrato Colectivo de Trabajo, y siendo como es el derecho del trabajador intangible, es obligación del Estado garantizarlo, como en efecto así lo hace a través de este Tribunal de Casación de la Sala Laboral. Consecuentemente y orientados sobre la base del sano juicio, de la sana crítica, el Tribunal considera inaceptable el argumento esgrimido por la Municipalidad de Guayaquil, que conlleva la transgresión de derechos fundamentales que le son innatos al trabajador; y manifiestamente reconoce que por su condición de jubilado de la Ilustre Municipalidad de Guayaquil el señor **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN** debe recibir la pensión jubilar correspondiente, así como la bonificación complementaria, que como se ha explicado ampliamente es accesorio, pero forma parte de un todo, pues concebirla de manera independiente nos situaría en el absurdo de considerar que los derechos de los trabajadores plenamente reconocidos como en el caso presente, son independientes unos de otros, lo cual no tiene el más mínimo sentido, pues de qué serviría el convenio al que de común acuerdo alcanzan trabajadores y empleadores, y la ulterior suscripción de los contratos colectivos, que en esencia reconocen conquistas laborales plenamente aceptadas por el empleador, entonces, el contrato colectivo que es ley para las partes es de insoslayable cumplimiento en todo, no en parte, y ninguno de los contratantes pueden más tarde sostenerla a su juicio, que solo estos o aquellos derechos pueden reconocerse. 5. **RESOLUCIÓN:** Con el análisis precedente, este Tribunal de Casación de la Sala 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 interpuesto por la Municipalidad de Guayaquil; y en cuanto al recurso deducido por el señor **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN**, se lo acepta, revocando parcialmente la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en su considerando SEXTO, disponiendo que la Municipalidad de Guayaquil, en la forma en que ha sido requerida, pague a favor del trabajador **CARLOS JOSÉ AMABLE TORRES GUZMÁN**, la bonificación por jubilación, prevista en la Cláusula Décimo Quinta, literal "b" del 12°. Contrato Colectivo de Trabajo, en lo demás se estará al fallo impugnado. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Jueces Nacionales.**

VII

Juicio nro. 1287-2012

Resolución nro. 628-2013

Juicio laboral por cobro de utilidades, propuesto por Alonzo Xavier Gil Herrera en contra de la empresa Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda.

SÍNTESIS:

En el presente recurso, el casacionista al realizar sus acusaciones hace referencia a varios aspectos, asuntos generales y particulares de la intermediación y tercerización. La responsabilidad solidaria, la exigencia de la Ley 2006-48 Reformatoria al Código del Trabajo, en cuanto al tema de contratar con intermediarias laborales que no cuentan con la autorización de funcionamiento y sus efectos jurídicos, la prohibición de vinculación entre usuaria y empresa de intermediación; y, alcance de la Disposición General Décima Primera relacionada con las utilidades. En relación a la prohibición de vinculación y sus efectos jurídicos, no amerita análisis, en tanto el accionante al interponer el recurso expresa, no haber fundado su recurso en dicha acusación en el Art. Innumerado 17 de la Ley 2006-48 sino aplicable a las empresas de intermediación laboral, el que procede en tanto y en cuanto se haya demostrado existencia de vinculación. De todo lo cual las alegaciones del recurrente de falta de aplicación y errónea interpretación de las normas que precisa y que acusa al interponer el Recurso de Casación en la presente causa, son improcedentes en virtud de lo cual este Tribunal no casa la sentencia que desecha la demanda.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO PRIMERO DEL TRABAJO DE SUCUMBÍOS. Nueva Loja, lunes 26 de diciembre de 2011. Las 11h38.

VISTOS: Alonzo Xavier Gil Herrera, comparece desde fojas 4 a 6 del expediente y manifiesta: que ha prestado sus servicios lícitos y personales para la empresa Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., desde el 01 de diciembre de 2006 hasta el 02 de enero de 2008, habiéndose desempeñado como obrero, realizando actividades: de mantenimiento en la línea del oleoducto nro. 12 Tarapoa-Lago Agrio, de limpieza de zanjas, cunetas, limpieza de plataformas, limpieza de los alrededores de las instalaciones petroleras, campamentos y oficinas, servicios que disponía la beneficiaria Compañía Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda.; que los personeros, funcionarios o administradores de la empresa Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., antes de iniciar cualquier labor, las cuadrillas ingresaban al campamento de dicha compañía,

acompañados de un capataz, a las 06h00 y recibían una hoja con la orden de trabajo para el día, que por la tarde a las 18h00, nuevamente retornaban al campamento de Andes Petroleum, a reportar los trabajos realizados, que esta labor la realizaban todos los días; que trabajaba en turnos de 15 días laborados y 15 de descanso en un horario de 06h00 a 12h00 y desde las 13h00 hasta las 18h00 todos los días; que su remuneración mensual era de US\$450.00 dólares; indica el accionante que inició sus labores en las fechas arriba señaladas mediante contrato celebrado con la empresa Nature Clean, la misma que mantenía contrato celebrado con Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., que es la operadora del campo petrolero Tarapoa, señala el actor que la Compañía Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., a través de su representante legal el Dr. Zhang Xing, ha firmado un compromiso bilateral en la mesa de empleo, comprometiéndose a dar trabajo a 450 personas, del cantón Cuyabeno; hecho que se ha efectuado el 21 de noviembre de 2006; que posteriormente la Compañía Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., les ha llamado a trabajar; que de manera sorprendente les dio trabajo a través de la Compañía Nature Clean, que la Compañía Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., daba las órdenes de las actividades diarias que todos los trabajadores de Nature Clean debían cumplir; que las supuestas relaciones contractuales entre su empleadora directa Nature Clean y la beneficiaria Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., son ilegales puesto que la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios o la figura de servicios complementarios o la figura de servicios técnicos, constan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir del año 2004 con el decreto ejecutivo 2166. La única referencia normativa vigente en la época de inicios de sus labores era el decreto ejecutivo 1232 publicado en el Registro Oficial nro. 285 de 27 de marzo de 1998, en el cual se expedía el Reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocaciones, por lo que se encontraba bajo relación directa con la hoy demandada, entonces significa que el contrato con Nature Clean debió sujetarse a dicho decreto ejecutivo, lo cual no sucedió. Indica el accionante que se encuentra casado con la señora Beatriz Jumbo Alvarado, desde hace varios años. Fundamenta su demanda en lo previsto en el art. 326 numerales 2 y 327 de la Constitución de la República y de manera especial en los numerales 8 y 11 del art. 35 de la Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial nro. 1 de 11 de agosto - 1998; así como en los arts. 9, 10, 1461 numerales 1 y 3 y art. 1478 del Código Civil, y en lo que disponen los arts. 4, 5, 7, 36, 40, 41, 97, 100, 568, 573, 575 del Código del Trabajo, y artículos innumerados 2 y 3 del capítulo innumerado agregado por el art. 1 de la Ley 2006-48, R.O. 298 - S, 23-VI-2006 del Código del Trabajo. Antecedentes por los cuales mediante procedimiento oral demanda a la Empresa Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda., en la interpuesta persona de su Gerente General y por ende representante legal Dr. Zhang Xing, a fin de que en sentencia se le condene al pago de los rubros que especifica en la demanda. Fija la cuantía en la cantidad de

US\$ 50,000.00. Admitida a trámite la demanda, ha sido citado el demandado conforme se desprende de las actas de citación que obran del proceso a fojas 16 y vta., del expediente. Convocadas las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas la que se lleva a efecto con la comparecencia del Procurador Judicial del actor señor Alonzo Xavier Gil Herrera comparece la parte demandada por intermedio del Procurador Judicial. No habiéndose dado la conciliación entre las partes, la demanda es contestada conforme se desprende del acta de audiencia que obra del proceso desde fojas 135 y vta., la audiencia definitiva tiene lugar con la comparecencia del actor, conjuntamente con su defensor, comparece la parte demandada por intermedio del Procurador Judicial, realizándose las diligencias propias según ordena el art. 581 del Código del Trabajo, conforme se desprende del acta de audiencia que corre del proceso desde fojas 314 a 321. Encontrándose el juicio en estado de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO:** De conformidad con lo dispuesto en el art. 73 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, de fecha 06 de septiembre de 2005, y en razón del oficio nro. 342-DC-NJ-SO-2005, mediante el cual se cambia la competencia y denominación del Juzgado de Tránsito de Nueva Loja en Juzgado del Trabajo con sede y jurisdicción en el mismo cantón y la provincia de Sucumbios; y, mediante oficio nro. 187-D-CNJNL-SQ-08 de febrero 24 de julio de 2008 (**sic**), extendido por el señor Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura el suscrito Juez es competente para el conocimiento y resolución de las controversias laborales sometidas a conocimiento. **SEGUNDO:** La presente causa ha sido tramitada en procedimiento oral según lo previsto en el art. 575 del Código del Trabajo codificado y más normas conexas, no se aprecia omisión de solemnidad sustancial alguna común a todos los juicios determinados en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil o violación de trámite de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1014 *ibidem*, que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo cual se declara la validez procesal. **TERCERO:** Según lo preceptuado por el art. 113 del Código de Procedimiento Civil: art. 113. “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo...”. El art. 114 *ibidem* “cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presume conforme a la Ley”. **CUARTO:** Aspecto fundamental en estos tipos de juicios, es determinar la relación laboral entre actor y demandado en los términos del art. 8 del Código del Trabajo, que según la norma jurídica antes invocada y respaldada por la jurisprudencia, publicada en el Registro Oficial (R.O. 52: 28-MARZO-2007), debe cumplir ciertos requisitos indispensables: “los elementos fundamentales para la existencia de la relación de trabajo son: la prestación de servicios lícitos y personales, que deben desempeñarse bajo subordinación y dependencia y por una remuneración fijada por el convenio la ley o el pacto colectivo o la costumbre”. En la especie la relación laboral ha sido negada por la compañía ANDES PETROLEUM ECUADOR CÍA.

LTDA., alegando, en lo principal que el actor de la causa no ha sido trabajador de ANDES, sino de la compañía NATU-RE CLEAN CÍA. LTDA., negativa expresada en el escrito de contestación a la demanda en los numerales 1.2 (fs. 36), y 2.3 (fs. 37). El accionante formula su demanda manifestando que ingresó a prestar sus servicios para la empresa Andes Petroleum Ltda., en calidad de obrero realizando actividades en los lugares que la beneficiaria del servicio disponía. En la demanda fs. 4 vta., el actor expresa: “Pongo en conocimiento de su autoridad, que inicié mis labores en las fechas arriba señaladas, mediante contrato celebrado con la empresa Nature Clean, la misma que mantenía contrato con la empresa Andes Petroleum Ecuador, que es la operadora del Campo Tarapoa”. También hace referencia el accionante en el libelo inicial de demanda, el acuerdo entre la compañía Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda. y la Asamblea Cantonal de Cuyabeno (que corre del proceso desde fojas 303-313), en cuyo convenio la compañía Andes Petroleum, a través de su representante legal el Dr. Zhang Xing, ha firmado el acta con las mesas de empleo, comprometiéndose a dar trabajo a cuatrocientas cincuenta personas del cantón Cuyabeno, manifiesta que este hecho fue efectuado el 21 de noviembre de 2006; y además el actor deja constancia: “posteriormente la compañía Andes Petroleum nos llamó a trabajar pero sorprendentemente nos dio trabajo a través de la compañía Nature Clean, pero que la compañía Andes Petroleum era quien daba las órdenes de las actividades diarias que los trabajadores debíamos cumplir”. En el acta del acuerdo realizado entre la compañía Andes Petroleum y la Asamblea Cantonal de Cuyabeno, en el título Uno. MESA DE EMPLEO Y POLÍTICAS PETROLERAS, en el punto 1.2 se expresa: “la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., se compromete a contratar 450 plazas de trabajo total, temporal y permanentemente, de forma inmediata para empleados locales del cantón Cuyabeno, que podría ser incrementada en función del rendimiento de los trabajadores y de la auditoría que se realice a las contratistas...”; en el punto 1.7 se encuentra: “El personal obrero de las empresas contratistas y subcontratistas podrán salir a comer a los restaurantes del cantón y en los contratos que realice Andes Petroleum Ecuador Ltda., con las contratistas, pondrá una cláusula en la que se lleve a cabo este compromiso. Porque esto ayuda mejorar las buenas relaciones entre empresa y comunidad...”; de la lectura de estas dos cláusulas transcritas se determina y resalta: **a.** Que el acuerdo entre la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., y la Asamblea Cantonal de Cuyabeno no es un contrato de trabajo sino tan solo un acuerdo. **b.** Que en dicho acuerdo se menciona sin especificar el nombre de las empresas contratistas y subcontratistas de Andes Petroleum. **c)** En la práctica el actor de esta causa ha sido contratado por una empresa contratista de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda.; **d)** Confirma lo expresado el contrato de trabajo suscrito por el accionante y la compañía Nature Clean que corre del expediente a fojas 132 a 133. Al interior del expediente, por las afirmaciones del accionante en el libelo de demanda las mismas que han

sido recogidas en este considerando se ha justificado que el actor prestó sus servicios para la compañía Natural Clean, conforme el contrato de trabajo por horas que obra del expediente desde fojas 132 a 133, relación laboral que es corroborada de manera plena por el mecanizado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “IESS” constante a fojas 150 a 152 del proceso. **QUINTO:** La negativa de la compañía Andes Petroleum a tener alguna obligación de pago pendiente para con el accionante se analiza según el numeral 11 del art. 35 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 norma suprema que estuvo vigente durante la relación laboral, disposición jurídica que preceptúa la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediado (**sic**); para efectos de que el fallo tenga mayor claridad se transcribe la disposición constitucional invocada:... “sin perjuicio de la responsabilidad directa y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las relaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario” de lo dispuesto por la norma constitucional se establece que la responsabilidad solidaria se encuentra reglamentada por la ley y con la categoría de garantía constitucional cuya supremacía sobre cualquier otra norma jurídica se encontraba establecida en el art. 272 de la Carta Magna; el art. 41 del Código del Trabajo cuya disposición preceptúa que la solidaridad es también acumulativa y electiva, es decir de existir dos o más empresas beneficiarias o empleadoras responden todas y puede el trabajador demandar a cualquiera de ellas, de allí deviene en improcedente las excepciones de falta de legítimo contradictor, falta total de derecho del actor para formular esta acción, pues el accionante podría demandar a la compañía Nature Clean Cía. Ltda., o a Andes Petroleum Ecuador Ltda., y así lo ha hecho en el presente juicio laboral. **SEXTO:** Se ha determinado en el considerando Cuarto de este fallo que el señor Alonzo Xavier Gil Herrera, prestó sus servicios para la compañía Nature Clean Cía. Ltda., empresa que no es demandada en la presente causa, en tal virtud no es posible que al accionante se le reconozca por el concepto de utilidades según lo previsto en el art. 97 del Código del Trabajo. Con este antecedente constituye aspecto de suma importancia establecer si la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., está obligada a pagar el rubro de utilidades al actor de la causa, con este fin previamente se debe establecer si existe vinculación de la compañía Nature Clean Cía. Ltda., con la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda.; con este propósito se revisa el segundo inciso del art. 100 del Código del Trabajo: “si la participación individual en las utilidades del obligado directo son superiores, el trabajador solo percibirá estas; si fuesen inferiores se unificarán directamente, tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, sumando unas y otras, repartiéndoselas entre todos los trabajadores que las generaron”. Se indica que la obligada directa en la especie es la compañía Nature Clean Cía. Ltda., y la beneficiaria del servicio es la empresa Andes Petroleum

LTDA. El Tercer inciso del art. 100 ibídem preceptúa los requisitos o indica el procedimiento para determinar en qué casos la beneficiaria del servicio está obligada a cancelar las utilidades a los trabajadores de las empresas contratistas, y dispone: “No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, cuando se trate de contratistas no vinculadas de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de intermediación a varias personas naturales o jurídicas no relacionadas entre sí por ningún medio. De comprobarse vinculación, se procederá en la forma prescrita en los incisos anteriores”. Por tal disposición es indispensable analizar si existió o no vinculación entre la compañía Natura Clean Ltda., con la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda.; desde fojas 163 a 194 obra del expediente la documentación remitida por la Superintendencia de Compañías sobre la empresa Nature Clean Cía. Ltda., analizada esta documentación se establece que societariamente no existe vinculación entre las dos empresas señaladas, a la misma conclusión se llega de la revisión de los documentos de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., constante desde fojas 195 a 299 de los autos. De la revisión del expediente se resalta que el accionante no ha pedido, presentado ni practicado prueba que demuestre la vinculación entre las empresas Nature Clean y Andes Petroleum Ecuador Ltda. **SÉPTIMO:** Analizada la prueba en su conjunto en sus aspectos de fondo y de forma, esto es la prueba documental y testifical observando que cumplan con lo previsto por el art. 117 del Código de Procedimiento Civil, habiéndose trabado la litis con las excepciones opuestas (fs. 37 y vta.), de las que se resalta: improcedencia o inadmisibilidad de la demanda por no cumplir con lo exigido con el art. 67 del Código de Procedimiento Civil; inexistencia de la relación laboral entre el actor y Andes Petroleum Ecuador Ltda.; falta de derecho del accionante para reclamar utilidades a la empresa demandada; falta de legítimo contradictor; también oponen que no se allana a los vicios de nulidad que afectan al juicio; las excepciones transcritas y las formuladas en la contestación a la demanda, han sido parcialmente justificadas y otras desvirtuadas, como la excepción de falta de legítimo contradictor, excepción que fue analizada en el considerando Quinto de este fallo; la excepción de improcedencia de la demanda no ha sido justificada al interior de la causa resultando como un mero enunciado, en cuanto a la improcedencia de la demanda, ésta fue admitida a trámite por reunir los presupuestos procesales conforme lo dispone la ley; en cuanto a la excepción de nulidad, en el considerando Segundo de esta sentencia se declara la validez procesal por haber cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios y seguido el trámite correspondiente. Los innumerables fallos publicados en las gacetas judiciales, establecen que la sentencia debe decidir únicamente sobre lo que se trabó en la litis, esto es lo que fue materia de la demanda y contestación a la

misma. Por las consideraciones expuestas y sin más que analizar **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA;** por cuanto el actor señor Alonzo Xavier Gil Herrera no ha demostrado ser trabajador directo de la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., y tampoco ha justificado la vinculación entre las empresas Nature Clean Cía. Ltda., y Andes Petroleum Ecuador Ltda., a efectos de obtener las utilidades; en consecuencia al no ser aplicables a los arts. 97 y 100 del Código del Trabajo se rechaza la demanda propuesta por el accionante señor Alonzo Xavier Gil Herrera, en contra de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda. Sin costas ni honorarios que regular. Actúe el secretario encargado del Despacho por ausencia justificada del titular. **Notifíquese.**

f) **Ab. Enrique Barona P. Juez.**

APELACIÓN

Juez Ponente: Dra. María Ávila Delgado.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SUCUMBÍOS. SALA ÚNICA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SUCUMBÍOS. Nueva Loja, martes 24 de abril de 2012. Las 09h27.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de Juez Provincial de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, Dr. Juan Evangelista Núñez Sanabria, y en calidad de Conjuces, Ab. Cruz María Ávila Delgado y Dr. Juan Carlos Encarnación Sánchez. En razón de que el señor Juez del Trabajo de Sucumbíos, ha concedido para ante el superior el recurso de apelación interpuesto por el actor señor ALONZO XAVIER GIL HERRERA y la adhesión al recurso por parte de la compañía demandada, a través de su procurador judicial Dr. Oscar Javier Niquinga Salazar, con respecto a la sentencia expedida al interior de la causa nro. 362-2010-JTS y por radicada la competencia en esta Sala, avocamos conocimiento de la causa signada en esta instancia con el nro. 108-2012-S-CPJS y advirtiéndole que su estado es el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERA.** La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículos 609 y 612 del Código del Trabajo. **SEGUNDO.** Al proceso se le ha dado el trámite que de conformidad con la Ley le corresponde, al sustanciarlo se han observado las solemnidades que le son propias y al no apreciarse omisión de formalidades que puedan incidir en la decisión con respecto a lo principal, se declara la validez de lo actuado. **TERCERO.** Por la sentencia impugnada, merced al recurso de apelación que se atiende, la que obra a fojas 396 a 397 del proceso y en lo esencial, por las motivaciones que se anotan en los considerandos Tercero a Séptimo y en fundamento a las pruebas que obran de autos, el Juez de la causa, en la parte resolutive del fallo resuelve. “...Por cuanto el señor ALONZO XAVIER

GIL HERRERA, no ha demostrado ser trabajador directo de la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., y tampoco ha justificado la vinculación entre las empresas Nature Clear Cía. Ltda. y Andes Petroleum Ecuador Ltda., a efectos de obtener las utilidades; en consecuencia al no ser aplicables a los arts. 97 y 100 del Código del Trabajo se rechaza la demanda propuesta por el accionante el señor ALONZO XAVIER GIL HERRERA, en contra de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda. Sin costas ni honorarios que regular...” **CUARTO.** El señor ALONZO XAVIER GIL HERRERA, en su demanda manifiesta: que ingresé a prestar mis servicios lícitos y personales desde el 01 de diciembre de 2006, hasta el 02 de enero de 2008, para la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., habiéndome desempeñado en calidad de obrero, realizando las actividades en los sitios y lugares que la beneficiaria del servicio disponía, esto es dar el mantenimiento a la línea del oleoducto nro. 12 Tarapoa-Lago Agrío, entre otras actividades que disponía directamente los funcionarios de la empresa Andes Petroleum, realizaba también limpieza de zanjas, cunetas, limpieza de plataformas, limpieza alrededor de las instalaciones petroleras, campamentos y oficinas; antes de iniciar cualquier labor, las cuadrillas ingresaban al campamento de Andes Petroleum en compañía de un capataz a las 06h00 y recibíamos una hoja con la orden de trabajo para el día; que por la tarde, a las 18h00, nuevamente retornábamos al campamento de Andes Petroleum, a reportarnos sobre los trabajos realizados; esta situación se repetía todos los días, todo trabajo se realizaba luego de recibir las ordenes de qué actividad realizar y en qué lugar se debía ejecutar. Trabajaba en turnos de 15 días de labores y 15 de descanso, con un horario de 06h00 a 12h00 y desde las 13h00 hasta las 18h00; por el trabajo realizado percibía una remuneración mensual de cuatrocientos cincuenta dólares, siendo ésta mi última remuneración; indica además, que inicié mis labores en las fechas arriba señaladas, mediante contrato celebrado con la empresa Nature Clean, la misma que mantenía contrato con la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., que es la operadora del campo petrolero Tarapoa; pero es de mucha importancia que se conozca el siguiente hecho: la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., a través de su representante legal el señor Dr. Zhang Xing, quien firmó un compromiso bilateral en la mesa de empleo comprometiéndose a dar trabajo a cuatrocientos cincuenta personas, habitantes del cantón Cuyabeno; hecho efectuado el 21 de noviembre de 2006; posteriormente la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., nos llamó a trabajar pero sorprendentemente nos dio trabajo a través de la compañía Nature Clean, pero fue la compañía Andes Petroleum, quien daba las órdenes de las actividades diarias que los trabajadores debíamos cumplir. Cabe señalar que las supuestas relaciones contractuales entre mi empleadora directa, esto es la compañía Nature Clean y la beneficiaria del servicio; es decir, la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda. son ilegales. Destaco, que como ingresé a prestar mis servicios el 01 de diciembre de 2006 con la empresa Nature Clean, mi relación

se regía por la Ley Reformatoria del Código del Trabajo anteriormente señalado, que en sus arts. innumerados 2 y 3 los cuales expresan: art... (2) El Ministerio del Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y sus dependencias regionales competentes es la entidad encargada de autorizar el funcionamiento de las empresas que se constituyan con el objeto único y exclusivo de dedicarse a la intermediación laboral o a la tercerización de servicios complementarios encargándose de su control y vigilancia permanente a las Direcciones Regionales de Trabajo, las que organizarán y tendrán bajo su responsabilidad los registros de las compañías de intermediación laboral y de compañías de tercerización de servicios complementarios, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Compañías. Art... (3) Requisitos para la autorización de Funcionamiento. Para obtener la autorización de funcionamiento las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios deberán cumplir con los siguientes requisitos... Pero en la práctica no se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales transcritas, razón por la cual las actuaciones contractuales entre la empresa Nature Clean y Andes Petroleum Ecuador Ltda., resultan ilegales por no contar con la autorización para ejercer las actividades de intermediación laboral, por lo que se demuestra que mi relación laboral desde inicio fue para la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda. Tomando en cuenta los principios universales del Derecho Social y en base a lo previsto en el numeral 8 y 11 del art. 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador, estoy facultado para demandar directamente a la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda. Pongo en su conocimiento señor Juez, que me encuentro casado con la señora BEATRIZ JUMBO ALVARADO, desde hace varios años, para justificar mi aserto presento los documentos respectivos, para que surta los efectos legales pertinentes, y se cumpla lo dispuesto en el art. 97 del Código del Trabajo. Con los antecedentes expuestos y fundamentado en los arts. 326 numeral 2; 327, 35 numerales 8 y 11 de la Constitución de la República vigente a la época; así como los arts. 9, 10, 1461 numerales 1 y 3, y art. 1478 del Código Civil, y en lo que disponen los arts. 4, 5, 7, 36, 40, 41, 97, 100, 568, 573, 575 del Código del Trabajo y artículos innumerados 2 y 3 del capítulo innumerado agregado por el art. 1 de la Ley 2006-48, R.O. 298-S, 23-VI-2006 del Código del Trabajo, demando a mi empleadora la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., en la interpuesta persona de su Gerente General y por ende representante legal Dr. Zhang Zing (**sic**), a fin de que en sentencia, se le condene: al pago de las utilidades por el tiempo que trabajé desde el 01 de diciembre de 2006 hasta el 02 de enero de 2008. La cuantía la fijo en la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares); el trámite oral y pide se cite al demandado mediante comisión. **QUINTO.** Calificada la demanda y citado que ha sido el demandado conforme consta a fojas 15 y 16 de los autos; convocada a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, conforme lo dispone el art. 576 del

Código del Trabajo, esta tiene lugar el 22 de febrero de 2011 conforme consta a fojas 135 del proceso al no haber acuerdo transaccional alguno, la compañía demandada Andes Petroleum Ecuador Ltda., a través de su procurador judicial el Dr. Oscar Javier Niquinga Salazar; quien luego de realizar las exposiciones, que en lo principal manifiesta, que el actor, no es trabajador de Andes Petroleum; que no existe vinculación entre su representada y la compañía Nature Clean Cía. Ltda., y que su único derecho era de percibir utilidades del patrono; además, la demandada, indica: “el único caso en que la obligación de pagar utilidades era trasladada del patrono a un tercero distinto del patrono (el “beneficiario de la obra o servicio”) era cuando existía vinculación societaria, física administrativa y financiera entre el patrono y este tercero. Sin perjuicio de que en este punto la carga de la prueba es del actor, es decir, le correspondería a él probar la vinculación entre su patrono y mi representada, debo categóricamente afirmar que no existe ni ha existido vinculación de ningún tipo entre la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., y el patrono del actor, la compañía Nature Clean Cía. Ltda., por lo que propone las siguientes excepciones: 1. Salvo lo expresamente admitido, niego pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta. 2. Improcedencia o inadmisibilidad de la demanda porque la misma carece de los requisitos legales exigidos por el art. 67 del Código de Procedimiento Civil. 3. Inexistencia de relación laboral entre el actor y Andes Petroleum Ecuador Ltda., porque jamás se ha celebrado entre ellos un contrato de trabajo ni mantenido una relación jurídica con los requisitos exigidos por el art. 8 del Código del Trabajo. 4. Falta de derecho del accionante, como ex trabajador de Nature Clean, a reclamar las utilidades de Andes Petroleum Ecuador Ltda., por el período comprendido entre el 01 de diciembre de 2006 al 02 de enero de 2008, puesto que las leyes aplicables a dicho período no le concedían derecho a las mismas. 5. Falta de legítimo contradictor desde que esta demanda se ha deducido en contra de mi mandante, a pesar de que el patrono del actor fue la compañía Nature Clean. 6. Por todo lo señalado niego que mi mandante tenga alguna obligación de pago pendiente para con el accionante por ninguna causa o motivo, por lo que alego la falta total de derecho del actor para formular esta acción en la forma en que lo ha hecho. 7. Falta de legítimo contradictor puesto que a la presente fecha mi representada no tiene en su poder valor alguno correspondiente al 15% de las utilidades; fueron íntegramente repartidas entre los trabajadores que sí tenían derecho a ellas, por lo que, en el inaceptable supuesto de que el actor tuviere derecho para formular esta acción, habría tenido que deducirla en contra de los trabajadores que recibieron estas utilidades para que puedan ejercer su derecho constitucional a la defensa. 8. No me allano a los vicios de nulidad que afecten a este juicio, ya sea que provenga de la demanda, de la citación, de la falta de legítimo contradictor, de la violación de trámite o de cualquier otra omisión de solemnidad sustancial, sino que por el contrario y de manera expresa alego esa nulidad, por lo que pide

que en sentencia, si no declara la nulidad procesal, al menos deseche totalmente la demanda y condene al actor al pago de costas procesales y honorarios profesionales de la defensa. Habiendo anunciado las partes sus pruebas oportunamente y en el día y hora señalada para la audiencia definitiva, se practica las mismas, realizando las partes sus alegatos en derecho luego de lo cual el Juez dicta sentencia. **SEXTO.** La controversia principal en la presente litis, radica en determinar, si el actor tiene derecho a percibir el pago de las utilidades desde el 01 de diciembre de 2006 hasta el 02 de enero de 2008, por parte de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda.; el actor manifiesta que existe solidaridad conforme el art. 41 del Código del Trabajo, al respecto el indicado artículo indica: “cuando el trabajo se realice por dos o más empleadores interesados por la misma empresa, como conductores, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de todas las obligaciones para con el trabajador. Igual solidaridad, acumulativa y electiva, se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexos y otros servicios del empleador; así mismo el art. 100 del Código indicado establece: “los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio. Si la participación individual en las utilidades del obligado directo son superiores, el trabajador solo percibirá éstas; si fueren inferiores, se unificarán directamente, tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, sumando unas y otras, repartiéndoselas entre todos los trabajadores que las generaron. No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, cuando se trata de contratistas o intermediarios, no vinculados de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de intermediación a varias personas, naturales o jurídicas no relacionadas entre sí por ningún medio. De comprobarse vinculación, se procederá en la forma prescrita en los incisos anteriores.” De la revisión del proceso y en lo relacionado al art. 41 del Código del Trabajo, no se ha demostrado que exista la solidaridad entre las empresas Andes Petroleum Ecuador Ltda., y la compañía Natureclean Cía. Ltda. (nombre que consta en la escritura pública), el primero referido entre dos empleadores interesados en la misma empresa, como conductores, socios o copartícipes o la solidaridad acumulativa y electiva imputable a los intermediarios que contratan personal, para que trabajen en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexos y otros servicios del empleador; pues era obligación del actor probar estos asertos y no lo ha hecho; además, el actor ha reconocido que su empleadora era la compañía Natureclean Cía. Ltda., pero que revisado el proceso, no ha sido demandada; así mismo, en el

proceso no consta prueba de que existía vinculación entre las compañías Andes Petroleum Ecuador Ltda. y Natureclean Cía. Ltda. De esta manera no se puede considerar que exista solidaridad entre las dos compañías; es decir, con la compañía demandada y la empresa para la cual trabajó el actor. Por otro lado, se ha justificado con los documentos que constan a fojas 120 y 121 que la actividad económica a Andes Petroleum Ecuador Ltda., es de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos de petróleo, mientras que la compañía Natureclean Cía. Ltda., conforme consta a fojas 122 y siguientes del proceso, tiene como objeto social, prestar servicios de limpieza y mantenimiento de campos silvestres y cultivos, cunetas y caminos, actividades distintas y no relacionadas con la actividad habitual de la demandada, por esto no se considera que exista solidaridad de Andes Petroleum Ecuador Ltda., con la compañía para la cual ha trabajado el actor. En relación al art. 100, se establece, que según el inciso tercero de éste artículo, para el reparto de utilidades, no se puede aplicar este inciso, en razón de que el demandado compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., al contestar la demanda negó la existencia de vinculación de todo tipo; ante esta negativa, la carga de la prueba le correspondía al actor, y demostrar que existía vinculación, pero no consta en el proceso que se haya demostrado tal vinculación, máxime, si está demostrado que las compañías Andes Petroleum Ecuador Ltda. y Natureclean Cía. Ltda., tienen actividades diferentes. El actor manifiesta en su demanda que la compañía Natureclean Cía. Ltda., por ser una compañía tercerizadora o de servicios complementarios, debía tener autorización para su funcionamiento de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos o sus dependencias regionales competentes; indica además que dicha empresa no ha cumplido con los requisitos para su funcionamiento y que estaba regido por la Ley Reformativa del Código del Trabajo del año 2006, en sus artículos innumerados 2 y 3, por lo que se demuestra que la relación laboral, desde el inicio fue para la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda. Al respecto, la Sala observa, que de la documentación de fojas 168 a 194, consta la escritura de constitución de la compañía Natureclean Cía. Ltda., donde se determina que el objeto social de dicha compañía es de prestación de servicios de limpieza y mantenimiento de campos silvestres y cultivos cunetas y caminos por lo tanto no es una compañía tercerizadora ni presta servicios complementarios, por lo que no cabe, por esta causa, el pago de utilidades para el actor conforme indica en su demanda. **SÉPTIMO.** Por las consideraciones expuestas y por cuanto a la prueba que consta en autos se le ha valorado en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, negando el recurso por parte del actor y aceptando las excepciones propuestas por la compañía demandada, como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, inexistencia de la relación laboral, falta de derecho del accionante y negando las demás excepciones, porque han quedado como meros enunciados y no han sido probados; en sustento a lo previsto por los artículos 113 al 115 del Código de Procedimiento Civil y

art. 612 del Código del Trabajo, esta Sala, al no haberse demostrado la solidaridad ni la vinculación conforme determina el art. 41 e inciso tercero del art. 100 del Código del Trabajo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con los argumentos y motivación expuestos, se confirma la sentencia venida en grado. Por renuncia de la Secretaria titular, actúe la doctora Mariela Salazar Jaramillo como Secretaria Relatora Encargada. **Notifíquese.**

f) **Dr. Juan Núñez Sanabria Presidente de Sala, Dr. Juan Encarnación Sánchez Conjuez, Ab. María Ávila Delgado, Conjuez.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito, 02 de agosto de 2013. Las 10h05.

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Alonzo Xavier Gil Herrera, en contra de la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., en la persona de su Gerente General y representante legal Dr. Zhang Xing; el actor inconforme con la sentencia expedida el 24 de abril de 2012, a las 09h27, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que confirma la sentencia subida en grado, que rechaza la demanda propuesta por el accionante, en tiempo oportuno interpone 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 nro. 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; 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. Calificado el recurso interpuesto por la Sala de Conjueces de lo Laboral de la Corte Nacional 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 casacionista alega como infringidas en la sentencia de última instancia las normas de derecho contenidas en los arts.: 5, 20; 97, 100 del Código del Trabajo; los artículos innumerados:

1, letra a); 2; 12, numeral 3, letra a), b) y f); 16; 19; y, Disposición General DÉCIMA PRIMERA de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo dictada por el Congreso Nacional el 30 de Mayo de 2006, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial no. 298 del 23 de junio del mismo año, conocida también como la LEY 48-2006, que regulaba la actividad de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios vigente a la fecha de prestación de servicios con la empresa demandada; arts. 35, primer inciso, y numerales: 1, 3, 4, 8 y 11; 18; 272 y 273 de la Constitución Política vigente a la fecha de prestación de servicios con la empresa demandada; y, arts.: 1; 11, numerales 4, 5 y 8; 33; 75; 76, numerales 1 y 7, literales 1), 82; 83, numeral 1; 424, 425; y, 426 de la Constitución de la República vigente, publicada en el Registro Oficial nro. 449 de 20 de octubre de 2008; art. 7 del Reglamento para la contratación laboral por horas; y, arts. 121, 164 y 191 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en la **primera causal del art. 3 de la Ley de Casación**, por falta de aplicación de los arts. 5, 97 del Código del Trabajo; los artículos innumerados: 1, letra a); 2; 12, numeral 3, letra a), b) y f); 16; 19; y, Disposición General dictada por el Congreso Nacional el 30 de mayo de 2006, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 298 del 23 de junio del mismo año conocida como la Ley 48-2006, que regulaba la actividad de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios vigente a la fecha de prestación de servicios con la empresa demandada; 7, del Reglamento para la contratación laboral por horas; arts. 35, primer inciso, y numerales: 1, 3, 4, 8 y 11; 18; 272 y 273 de la Constitución Política vigente a la fecha de la prestación de servicios con la empresa demandada; y, arts. 1; 11, numerales 4, 5, y 8; 33; 75; 76, numerales 1 y 7, literal 1); 82; 83; numeral 1; 424; 425; y 426 de la Constitución de la República vigente; **Primera causal del art. 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación** de los arts. 41 y 100 del Código del Trabajo; y, **Tercera causal del art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación** de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como son los arts. 121, 164 y 191 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.** Tomando en cuenta algunos 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 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. 1) 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, 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 nro. 66-10-CEP-CC, caso nro. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento nro. 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, 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...". **CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN PRESENTADA.** Confrontado el contenido

del recurso de casación con el fallo cuestionado, se observa que el recurrente realiza varias acusaciones, por lo cual siguiendo el orden lógico de resolución de las mismas y teniendo en cuenta el principio de supremacía de la Constitución se analizará en primer lugar la acusación de falta de aplicación de las normas constitucionales que se precisa, luego las acusaciones de las causales tercera y primera del art. 3 de la Ley de Casación. **PRIMERA ACUSACIÓN:** Relacionada con falta de aplicación de normas constitucionales. El recurrente expresa que existe falta de aplicación del art. 35, primer inciso, y numerales: 1, 3, 4, 8, y 11 de la Constitución de 1998, que en forma expresa contemplan: “Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: 1. La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social. (...) 3. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento. 4. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral. (...) 8. Los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las empresas, de conformidad con la ley. (...) 11. Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”. Luego precisa que existe falta de aplicación de los Arts. 18; 272 y 273 de la misma Constitución, que a decir del recurrente estuvo vigente a la fecha de prestación de sus servicios con la empresa demandada, cuyos textos de orden constitucional prescriben: en el caso del art. 18 *ibídem* “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”; y más adelante reitera la existencia de falta de aplicación de los arts. 272 y 273 de la Constitución Política en referencia, que señalan: “Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resolu-

ciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior. Art. 273.- Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.”. El casacionista indica además haber existido falta de aplicación de normas de la Constitución de 2008 y que precisa del modo que sigue: Arts. 1 sobre que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...”; 11, numerales 4, 5 y 8 que trata sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos al decir: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos...”; así como del art. 33 “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”; 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 inmediatez y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”; 76 numerales 1 y 7 letra l) “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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 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”; los arts. 82 sobre el derecho a la seguridad jurídica, 83 numeral 1 sobre el deber y la responsabilidad de ecuatorianas y ecuatorianos de acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente; y más adelante expresa que ha existido falta de aplicación de los arts. 424, 425 y 426 de la Constitución vigente relacionados con los principios de supremacía, prevalencia, y de aplicación directa e inmediata de la Constitución. El recurrente al fundamentar el recurso propuesto en la primera causal del art. 3 de la Ley de Casación, se limita a reiterar las normas constitucionales que a su criterio considera trasgredidas y hace referencia a los principios de irrenunciabilidad, intangibilidad, seguridad jurídica y que se le ha dejado en indefensión. Al respecto, sobre el principio de irrenunciabilidad Américo Plá Rodríguez considera que es: “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”. Y al tratar sobre el principio de intangibilidad, al momento de analizar el principio protector y dentro de éste la regla de la condición más beneficiosa expresa: “Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.”; (Los principios del derecho del trabajo, Edición Actualizada, Biblioteca de Derecho Laboral, p. 67 y 40.). Principio de intangibilidad que a decir del Tratadista Julio César Trujillo consiste en que “...los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, no pueden ser desconocidos o desmejorados por otros convenios, reglamentos, contratos colectivos posteriores” (Derecho del Trabajo, Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2008, p. 52). Por tanto, para alegar la transgresión de estos principios, éstos deben haber sido reconocidos o tratarse de derechos adquiridos, en el caso presente el accionante al reclamar utilidades ha sometido su pretensión ante los órganos jurisdiccionales para que en juicio de conocimiento se declare la existencia de ese derecho que a su criterio le asiste, por tanto, mientras ello no ocurra su pretensión tiene la condición de expectativa, que con una declaración judicial puede convertirse en un derecho. En relación al principio de seguridad jurídica el art. 82 de la Carta Fundamental es claro al expresar que: “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.”; y, en relación a que se le ha dejado al accionante en indefensión por la “manifiesta parcialización”, conviene precisar que si bien el art. 75 de la Constitución protege a las y los ecuatorianos con derechos de protección trascendentes como los de acceso a la justicia, tutela efectiva y por ningún caso indefensión, según la obra Veinte años de jurisdicción constitucional en España, al definir la indefensión indica: “...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. De acuerdo con esta definición el juicio de indefensión debe comprender: infracción de una norma procesal; privación o limitación de medios de defensa; imputabilidad al órgano judicial; y carácter definitivo con incidencia en el fallo...”. (Tirant lo Blanch, Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, Valencia - España, 2002, p. 258). Circunstancias éstas que el casacionista no la describe ni pone en evidencia indicando los actos de los órganos jurisdiccionales con los cuales le han dejado en indefensión. Por todo ello es necesario precisar que a criterio de Javier Pérez Royo “El derecho constitucional se diferencia de las demás ramas del Derecho en que es un Derecho de mínimos, mientras que las demás son Derechos de máximos” (Curso de Derecho Constitucional, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 59), de modo que, cuando se acusa violación de normas constitucionales como ocurre en la especie sobre la falta de aplicación de aquellas, debe precisarse por quien realiza la acusación, indicando de qué manera el órgano jurisdiccional de alzada ha transgredido dichas normas y que en el presente caso no ha ocurrido aquello y por tanto el casacionista no cumple con las exigencias que impone el recurso extraordinario de casación, debiendo tenerse presente que no basta invocar que se han transgredido normas de rango constitucional sin que se haya realizado las precisiones y concordancias suficientes de las normas constitucionales que se dicen inobservadas con las normas orgánicas u ordinarias de tal modo que permita que los juzgadores tengan evidencias claras sobre la falta de aplicación de aquellas, más aun cuando el recurso de casación es de carácter restrictivo y se sustenta en el principio dispositivo, de rango constitucional. De lo expuesto este Tribunal de Casación se halla impedido de considerar con más amplitud la acusación de falta de aplicación de las normas constitucionales que precisa, al no haberse indicado en forma clara y expresa por parte del recurrente en la impugnación que realiza, el modo cómo se ha dejado de aplicar tales normas. **SEGUNDA ACUSACIÓN: CAUSAL TERCERA.** El casacionista acusa falta de aplicación de los principios jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como son los arts. 121, 164 y 191 del Código de Procedimiento Civil. Las normas acusadas se refieren a los medios de prueba, a las definiciones de los instrumentos públicos y privados. Esta causal acusa 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”. Por tanto, no corresponde al Tribunal de casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que sirvieron en el proceso de convicción del Tribunal Ad quem para dictar el fallo, en este sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia expresó: “La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y

tribunales de instancia; la potestad del Tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia transgresión de normas sustantivas o materiales. El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1. Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar las piezas agregadas al proceso. “Lo que no está en el proceso no está en el mundo”. 2. Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3. Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es, con trasgresión del art. 121 del Código de Procedimiento Civil.” (...) Para que sea tomado en cuenta el cargo por tal causal, el recurrente en su formulación debe cumplir éstos requisitos: 1. Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar “y siguiente”. 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado. 4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada...” (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito- Ecuador, 2005, pp. 157-158.). Circunstancias de orden doctrinario que el casacionista en el presente caso no ha dado cumplimiento, limitándose a invocar las normas procesales antes señaladas y nada más, por lo que la indicada acusación no prospera. **TERCERA ACUSACIÓN: CAUSAL PRIMERA.** El recurrente fundamenta su recurso en esta causal, alegando de los tres presupuestos que la conforman, dos de ellos, de una parte la falta de aplicación de los arts. 5 y 97 del Código del Trabajo cuyas disposiciones expresan: “Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.”; y, “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”. Arts. innumerados 1, letra a) : 2; 12, numeral 3, letras a), b) y f); 16; 19; y, DISPOSICIÓN GENERAL DÉCIMA PRIMERA DE LA LEY RE-

FORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO, dictada el 30 de mayo de 2006 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 298 del 23 de junio del mismo año, conocida como Ley 48-2006; y, más adelante acusa fundado en la misma causal, errónea interpretación de los arts. 41 y 100 del Código del Trabajo. La causal invocada se produce en caso 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”. El recurrente precisa que su acusación está dirigida a la falta de aplicación y errónea interpretación de las normas que indica en el recurso de casación teniendo en cuenta que 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; y la errónea interpretación tiene lugar cuando siendo la norma cuya trasgresión 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. En la especie, se advierte que el casacionista al realizar sus acusaciones hace referencia a varios aspectos y que se pueden resumir en los siguientes: Asuntos generales y particulares de la intermediación y tercerización; la responsabilidad solidaria; la exigencia de la Ley 2006-48 Reformatoria al Código del Trabajo en cuanto a la prohibición de contratar con intermediarias laborales que no cuenten con la autorización de funcionamiento y sus efectos jurídicos; la prohibición de vinculación entre usuaria y empresa de intermediación; y, alcance de la Disposición General Décima Primera relacionada con las utilidades en los ámbitos de la intermediación y tercerización. Por lo que es necesario dilucidar sobre los puntos a los que se contrae la presente acusación y que se lo hace en el orden antes indicado: **3.1. Asuntos generales y particulares de la intermediación y tercerización.** En la Constitución de 1945, en el Título XIII, Sección V se reguló sobre el trabajo y la previsión social y en el art. 148 x) se estableció: “La persona en cuyo provecho se presta el servicio es responsable del cumplimiento de las leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.” La idea inicial que dio nacimiento a esta institución del derecho laboral estaba dirigida al desarrollo de actividades de carácter complementario en los procesos productivos, más no para que se utilicen en actividades habituales de los centros de producción; sin embargo de ello al promulgarse la Ley 133 en el Registro Oficial Suplemento nro. 817 del 21 de noviembre de 1991, en el art. 8 de la indicada Ley se agregó al art. 40 del Código del Trabajo vigente a esa fecha, un inciso que decía “igual solidaridad, acumulativa y electiva se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador”. Reforma al Código del Trabajo con la que se introdujeron dos conceptos en la intermediación laboral, de una parte, la responsabilidad solidaria acumulativa y electiva de las empresas intermediadoras; y, de otra parte, la facultad de realizar contratos de intermediación laboral en

“labores habituales” de las empresas, con lo cual el legislador al desarrollar la norma constitucional con la que se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la intermediación laboral, lo hizo de manera impropia, apartándose de la idea inicial de la naturaleza jurídica con la que fue concebida en la Constitución de 1945, lo cual llevó a que posteriormente se expidieran las Normas a Observarse en la Prestación de Servicios de intermediación laboral conocida como tercerización, según Decreto Ejecutivo nro. 2166, publicadas en el Registro Oficial nro. 442 de 14 de octubre de 2004, poniendo en evidencia que a esa fecha no se distinguía con claridad suficiente lo que más adelante se estableció como dos instituciones jurídicas diferentes esto es, de una parte la intermediación laboral y de otra, la tercerización, según la Ley 2006-48, Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de Intermediación Laboral y de la Tercerización de Servicios Complementarios, como dos actividades con características propias, publicada en el Registro Oficial Suplemento nro. 298 de 23 de junio de 2006, hasta que se eliminó y prohibió la tercerización e intermediación laboral, del modo dispuesto en el art. 1 del Mandato Constituyente nro. 8, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 330 de 6 de Mayo de 2008. Con la Ley 2006-48, se regularon aspectos como los siguientes: Se estableció las diferencias entre intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios. Así, por la intermediación laboral se emplea a trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica denominada “usuaria”, que determina las labores y supervisa la ejecución del trabajo del intermediado; por la tercerización en cambio una persona jurídica constituida por la Ley de Compañías, con su propio personal realiza actividades complementarias en el proceso productivo de otra empresa, en la cual la relación laboral opera exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado. Por tanto, en ambos casos se produce una triple relación jurídica, así la participación de dos empresas que se da a través de la empresa usuaria con la empresa intermediaria o de la empresa usuaria con la tercerizadora, relación ésta que es de carácter mercantil; una segunda, que se produce en la relación del trabajador ya sea con la empresa intermediaria o ya con la empresa tercerizadora, en ambos casos se trata de una relación de carácter laboral; y, una tercera, la relación jurídica que se produce entre el trabajador con la empresa usuaria.

3.2. La responsabilidad solidaria. De conformidad con el art. 35 numeral 11 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 se estableció que: “Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.”. Disposición esta que trata sobre la responsabilidad solidaria en forma general; en tanto que en el numeral 8 de la misma norma constitucional se regula sobre utilidades al decir: “Los trabajadores par-

teiciparán en las utilidades líquidas de las empresas, de conformidad con la ley.”. Sobre esta normativa de rango constitucional el art. innumerado 19 al regular sobre la responsabilidad solidaria lo hace, refiriéndose únicamente en relación a las empresas intermediarias al señalar: “Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario. Por tanto el trabajador intermediado podrá reclamar sus derechos en forma solidaria a los representantes legales y administradores de la empresa intermediaria y/o de la usuaria, por los derechos que representan y por sus propios derechos. La usuaria ejercerá el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por ésta a nombre de la intermediaria laboral, por efecto de la responsabilidad solidaria.”

3.3. La exigencia de la Ley 2006-48 Reformatoria al Código del Trabajo en cuanto a la prohibición de contratar con intermediarias laborales que no cuenten con la autorización de funcionamiento y sus efectos jurídicos. En el art. innumerado 16 de la Ley 2006-48, en el inciso primero de manera expresa determina: “Se prohíbe contratar con intermediarias laborales que no cuenten con la respectiva autorización de funcionamiento...”. A su vez en el inciso tercero de esta misma norma de manera expresa se regula un efecto jurídico única y exclusivamente en las contrataciones con **intermediarias laborales** al decir: **“La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, con pleno conocimiento que ésta no se encuentra autorizada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal subordinado de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se registrará por las normas del Código del Trabajo;** y, se le impondrá una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los directores regionales de trabajo e incorporadas al registro previsto en el artículo innumerado decimosegundo de este Capítulo...” (Las negrillas y el subrayado corresponden al Tribunal). De tal manera que el efecto jurídico que se produce ipso juris al momento que una empresa usuaria obtiene la prestación de servicios de trabajadores a través de una empresa intermediadora con pleno conocimiento de que no se halla autorizada para el ejercicio de la intermediación laboral es la de que, por esta transgresión quienes ingresen a prestar sus servicios en la usuaria del modo indicado, quedan ligados laboralmente a ésta de manera directa y que de haber obtenido la empresa intermediadora la autorización para el ejercicio como tal, la relación laboral directa por disposición de la ley se hubiese dado entre intermediadora y trabajadores intermediados. En cambio para las empresas tercerizadoras, la Ley 2006-48 no regula del mismo modo que lo hace para las empresas intermediadoras en el art. innumerado 16 invocado. Lo que consta en la Ley es que se regula el cometimiento de infracciones de manera

general, tanto para las empresas de intermediación laboral cuanto para las de tercerización de servicios complementarios con sus sanciones respectivas; así, en el art. innumerado 12 de la Ley en mención se consideran las siguientes infracciones con sus respectivas sanciones respecto de las empresas indicadas del modo que sigue: “Infracción leve: No entregar la documentación o información de las intermediarias o tercerizadoras ante el requerimiento del Ministerio de Trabajo y Empleo, que tenga relación con controles periódicos o por denuncias.”, “Infracciones graves: a) El incumplimiento del contrato de trabajo suscrito con el trabajador; b) El incumplimiento del contrato mercantil de intermediación laboral suscrito por la intermediaria laboral con la usuaria; c) No incluir en la publicidad o promoción de sus actividades y ofertas de empleo o de servicios, en cualquier medio impreso, audiovisual o de radiodifusión y, en general, en cualquier forma o medio de difusión, su denominación y su identificación como empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Trabajo y Empleo; d) No formalizar por escrito los contratos de trabajo, el contrato mercantil de intermediación laboral o el contrato de tercerización de servicios complementarios; e) Cobrar al trabajador cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación; f) Incumplir lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del undécimo artículo innumerado de este Capítulo; g) No entregar al trabajador copia del contrato celebrado con éste y copia del instrumento que acredite el valor cobrado por la intermediaria a la usuaria en concepto de remuneración; y, h) No registrar los contratos de trabajo ante el inspector del trabajo de la jurisdicción o ante el juez competente.” ; e, “Infracciones muy graves: a) Prestar servicios de **intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo o cuando aquella se encontrare vencida**, sin perjuicio de aquellas acciones que corresponden adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento del objeto social. Es también infracción muy grave, el hecho de no renovar la referida autorización cuando ésta venciere durante la ejecución del contrato. El Ministerio de Trabajo y Empleo, una vez recibida la solicitud de renovación se pronunciará en el término máximo de quince días. De no pronunciarse no será aplicable esta disposición como infracción muy grave y tampoco se entenderá como renovada la autorización; b) Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios; c) Pagar al trabajador intermediado, por concepto de su remuneración, una cantidad menor al valor cobrado a la usuaria por tal concepto; d) No depositar en el IESS lo que le corresponde al trabajador intermediado en concepto de aportes, fondo de reserva y demás obligaciones; e) Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o para actividades no previstas en

la presente Ley; y, f) Simular por cualquier medio o artificio, ser intermediario laboral, por sí mismo o en representación de un tercero, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar en su contra. Las infracciones serán sancionadas mediante resolución motivada, expedida por los directores regionales del trabajo o inspectores del trabajo en las jurisdicciones donde no existan directores regionales del trabajo. La falta leve se sancionará con multa de una remuneración básica mínima unificada. La reincidencia en la infracción leve dentro de un período de un año, determinará que sea calificada en la categoría inmediatamente superior y que se impongan las sanciones correspondientes a esta última. Las infracciones graves, serán sancionadas con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas, por cada infracción. La reincidencia en el lapso de un año en el cometimiento de infracciones graves, será sancionada con la revocatoria de la autorización. **Las infracciones muy graves serán sancionadas con la revocatoria definitiva de la autorización y registro concedidos...**” (Las negrillas corresponden al Tribunal). Por tanto, para el caso de las empresas tercerizadoras que realicen actos de tales sin haber obtenido la autorización de funcionamiento del Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, estaban en situación jurídica de ser sancionadas por infracciones muy graves del modo referido. Mas no estableció la Ley 2006-48 que como efecto jurídico de la falta de autorización de funcionamiento para las empresas tercerizadoras y por esta transgresión de orden legal, se produzca la relación laboral directa entre los trabajadores tercerizados con la usuaria. **3.4. Prohibición de vinculación entre usuaria y empresa de intermediación.** Según el art. innumerado 17 de la Ley 2006-48, se establece: “Las **empresas de intermediación laboral y las usuarias** no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. Hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada que determine esta circunstancia, suscrita por los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente. Cuando se presuma la existencia de vinculación, el Ministerio de Trabajo y Empleo solicitará toda la información que requiera a la Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y otras instituciones. Se establece vinculación cuando la información que proporcionen dichas entidades determinen que el usuario y la compañía intermediaria, sus socios o accionistas, comparten societariamente intereses, patrimonio o administración financiero-contable, en uno o más de estos casos. La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, vinculada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los

directores regionales de trabajo e incorporadas al registro antes mencionado. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los inspectores del trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la información a las Direcciones Regionales de Trabajo de la respectiva jurisdicción para la imposición de las respectivas sanciones. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la intermediaria quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que la institución del Estado o la entidad de derecho privado en la cual las instituciones del Estado tiene participación total o mayoritaria de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas...”. A su vez el art. 100 del Código del Trabajo al regular sobre utilidades para trabajadores de contratistas o intermediarios dispone: “Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio. Si la participación individual en las utilidades del obligado directo son superiores, el trabajador solo percibirá éstas; si fueren inferiores, se unificarán directamente, tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, sumando unas y otras, repartiéndoselas entre todos los trabajadores que las generaron. No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, cuando se trate de contratistas o intermediarios no vinculados de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de intermediación a varias personas, naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio. De comprobarse vinculación, se procederá en la forma prescrita en los incisos anteriores”. Normas de las cuales se infiere que la prohibición de vinculación se regula entre usuaria y empresa de intermediación según lo dispuesto en el art. innumerado 17 de la Ley 2006-48; y según el art. 100 del Código del Trabajo para los casos de contratistas o de intermediarios no vinculados. **3.5. Alcance de la Disposición General Décima Primera relacionada con las utilidades en los ámbitos de la intermediación y tercerización.** En esta Disposición General, de manera expresa se define las responsabilidades en materia de utilidades para los casos de intermediación y de tercerización laboral. Así en el inciso segundo de la mencionada Disposición se expresa: “**Si las utilidades de la intermediación fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador sólo percibirá éstas.**”; y, en el inciso tercero de la misma Disposición General contempla: “**En el caso de tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora.**” (Las negrillas y el subrayado

nos pertenece). En la especie, el recurrente en el acápite CUARTO del recurso de casación (fs. 18-27 vta.) expresa: “1. De manera irrefutable consta probado en el proceso que **fui trabajador de la USUARIA EMPRESA ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA. desde el 01 de diciembre de 2006 al 02 de enero de 2008**, en calidad de OBRERO LABORANDO EN LOS SITIOS Y LUGARES DE TRABAJO QUE LA USUARIA ME DISPONÍA TRABAJAR EN EL MANTENIMIENTO DEL OLEODUCTO nro. 12 DE TARAPOA-LAGO AGRIO y así lo RECONOCE la PARTE DEMANDADA, cuando en la **pregunta nro. 16** del interrogatorio de la confesión judicial solicitada por éste y que obra de autos del proceso; me preguntó lo que sigue: Pregunta 16. “DIGA EL CONFESANTE CÓMO ES VERDAD QUE LAS ACTIVIDADES QUE USTED REALIZABA EN LAS INSTALACIONES DE ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA., CONSISTÍAN EN EL MANTENIMIENTO DE OLEODUCTOS...”; sin embargo en la demanda (fs. 4-6 vta. del cuaderno de primera instancia) el mismo accionante expresa haber ingresado a prestar sus servicios lícitos y personales desde 01 de diciembre de 2006 hasta el 02 de enero de 2008 “...para la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda.” más adelante expresa: “Pongo en conocimiento de su autoridad, que inicié mis labores en las fechas arriba señaladas, mediante contrato celebrado con la empresa Nature Clean, la misma que mantenía contrato con la empresa Andes Petroleum Ecuador Ltda., que es la operadora del campo petróleo Tarapoa”, precisa más adelante que “...la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda, nos llamó a trabajar pero sorprendentemente nos dio trabajo a través de la compañía Nature Clean, pero fue la Compañía Andes Petroleum, quien daba las órdenes de las actividades diarias que los trabajadores debíamos cumplir, en este caso, a todos los que estábamos en la Compañía Nature Clean. Cabe señalar que las supuestas relaciones contractuales entre mi empleadora directa, esto es la Compañía Nature Clean y la beneficiaria del servicio es decir la empresa Andes Petroleum Ecuador LTDA. son ilegales puesto que la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios o la figura de los servicios técnicos especializados constan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del año 2004...”. Así mismo, el casacionista en el escrito con el cual recurre en casación censura a su vez que el Tribunal Ad quem no ha respetado el debido proceso y las normas que dice haber citado así como la disposición Décima Primera de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Ley 48-2006 que regula la actividad de intermediación laboral y de tercerización de servicios complementarios vigente a la fecha de prestación de sus servicios con lo cual no ha aplicado las normas en referencia así como las contenidas en los arts. 121, 164 y 191 del Código de Procedimiento Civil “...a sabiendas que obra en el proceso, la **CERTIFICACIÓN DEL SEÑOR DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO DE QUITO QUE SEÑALA QUE LA EMPRESA NATURE CLEAR CÍA. LTDA. (sic) NO ESTABA AUTORIZADA PARA**

REALIZAR LA LABOR DE INTERMEDIACIÓN NI DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, POR CONSIGUIENTE ESTA FALTA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES CONDUJO A LA NO APLICACIÓN DE LOS REFERIDOS ARTÍCULOS DE LA LEY 48-2006, Y POR ELLO TAMPOCO SE APLICÓ EL ART. 97 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y POR EL CONTRARIO SE INTERPRETÓ ERRÓNEAMENTE LOS ARTÍCULOS 41 Y 100 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO...”; afirmaciones éstas que po-

nen en evidencia de una parte, que el recurrente acepta al interponer la demanda haber sido contratado por la empresa Nature Clean, empresa ésta que según el documento escriturario (fs. 170-176 del segundo cuerpo de primera instancia) tiene como objeto social de “limpieza y mantenimiento de campos silvestres y cultivados; cunetas y caminos”, actividades que al tenor del art. innumerado 1 letra b) de la Ley 2006-48, son propias de la tercerización de servicios complementarios o en cualquier caso de empresas mercantiles denominadas contratistas; mas no que las indicadas actividades de la empresa Nature Clean sean aquellas que de conformidad con el mismo art. innumerado 1 letra a) se denominen de intermediación laboral, en cuanto a través de la empresa intermediadora emplea trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica llamada “usuaria”; que de conformidad con el inciso segundo del art. 41 del Código del Trabajo vigente a la fecha de prestación de servicios del recurrente los trabajadores intermediados son contratados para que presten servicios en “labores habituales”, de la empresa usuaria. Al respecto el Doctor Julio César Trujillo precisa al respecto: “La diferencia entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios está en que en intermediación, la EU ocupa el trabajo de los trabajadores y, por lo mismo, éstos quedan bajo sus órdenes, para realizar las labores de administración o de producción de los bienes y servicios a los que ella se dedica habitualmente, mientras que en la segunda, en la tercerización, es la empresa tercerizadora la que contrata los trabajadores y les ordena realizar las labores necesarias para que la usuaria disponga de los servicios que necesita. En otras palabras, en la intermediación laboral la intermediaria pone trabajadores a disposición de la usuaria, mientras que en la tercerización, la tercerizadora provee a la usuaria de servicios.” (Derecho del trabajo, Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2008, p. 505). En cuanto a la solidaridad en el pago de utilidades como quedó indicado por lo previsto en el art. 35.8 de la Constitución de 1998, vigente a la fecha de la relación laboral, los trabajadores participaban de las utilidades de existir, de acuerdo con la “ley”, esto es para los casos de tercerización de servicios complementarios, se debe estar a lo previsto en la Disposición General Décimo Primera inciso tercero de la Ley 2006-48 que señala: “En el caso de las tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora”, de lo cual se infiere que en ese caso o en el de

las empresas contratistas en cuanto a utilidades no se produce solidaridad con la usuaria. De todo lo cual se establece que el recurrente al prestar sus servicios como trabajador de la empresa Nature Clean, que como quedó indicado cumple actividades complementarias propias de lo que la Ley 2006-48 denomina tercerización de servicios complementarios o de haber prestado servicios a través de empresas contratistas, en todo caso, por las propias afirmaciones del casacionista y los recaudos procesales, no obra de autos que haya cumplido para la usuaria compañía ANDES PETROLEUM labores dispuestas a través de una empresa de intermediación laboral en actividades habituales de dicha empresa, relacionadas con el proceso productivo de la usuaria, a consecuencia de lo cual la pretensión del recurrente relacionada con utilidades, está regida del modo previsto en la Disposición General Décimo Tercera inciso tercero, que de manera expresa señala “en el caso de tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora”. En relación a la acusación de que la empresa Nature Clean ha cumplido sus actividades sin haber obtenido la respectiva autorización de funcionamiento y que aunque no se expresa claramente en el escrito que contiene el recurso de casación, se entiende que la alegación por tal hecho implicaría que el efecto jurídico sería el previsto en el art. innumerado 16 inciso tercero de la Ley 2006-48, que en forma expresa contempla “La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, con pleno conocimiento que ésta no se encuentra autorizada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal subordinado de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo...”, acusación que concreta el recurrente en el acápite CUARTO del escrito de casación (fs. 18-27 vta.), misma que no es aplicable al presente caso en tanto, la empresa Nature Clean como quedó indicado o es tercerizadora de servicios complementarios o es empresa contratista y por tanto la sanción antes referida es aplicable como la norma dice para los casos de “intermediación laboral”. En relación a la prohibición de vinculación y sus efectos jurídicos, no amerita análisis, en tanto el accionante al interponer el recurso expresa no haber fundado su recurso en dicha acusación y de haberlo realizado por lo constante en el art. innumerado 17 de la Ley 2006-48 es aplicable a las empresas de intermediación laboral y conforme al art. 100 del Código del Trabajo a las empresas contratistas o de intermediación laboral, en tanto y en cuanto se haya demostrado existencia de vinculación. De todo lo cual las alegaciones del recurrente de falta de aplicación y errónea interpretación de las normas que precisa y que acusa al interponer el recurso de casación en la presente causa son improcedentes. 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**, no casa la sentencia pronunciada por la Sala Única de la

Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos. Por licencia del titular, actúa la Dra. Ximena Quijano Salazar, en calidad de Secretaria Relatora Encargada. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Jueces Nacionales.**



VIII

Juicio nro. 1105-2012
Resolución nro. 662-2013

Juicio laboral propuesto por Guiseppe Alejandro Zambonino Campoverde en contra de la empresa Andes Petroleum Ecuador Cía. Ltda.

SÍNTESIS:

En la demanda interpuesta por la parte actora manifiesta que fue motivo de despido intempestivo y que el acta de finiquito que firmaron, es motivo de impugnación, porque no se ajusta a derecho, luego de un análisis, el Juzgado estimó que: consta en el expediente el acta de finiquito, la misma que se la ha realizado ante el Inspector del Trabajo, que no contiene error alguno, ni de cálculo, tampoco se ha demostrado coacción al suscribirla por lo que la demanda se la rechaza. En Segunda instancia el actor entre sus principales pretensiones manifiesta el pago de horas extraordinarias, suplementarias, vacaciones, días festivos y utilidades, la misma se hace notar que existe falta de precisión, pues no señala periodos, meses o años, además reclama las indemnizaciones contempladas en los Arts. 187 y 455, es decir las garantías de los dirigentes sindicales (ya que por formar parte del sindicato fue despedido), en lo que no se le considera es lo concerniente al reclamo con respecto al Art. 187, en virtud de que a la fecha de despido no integraba la directiva definitiva del sindicato, realizado el análisis por parte de esta Sala de lo Laboral, se acepta el recurso de apelación interpuesto por el actor, se desestima la adhesión de la parte demandada, es decir se acepta la demanda del actor y se revoca la sentencia venida en grado, disponiendo que la parte demandada pague a la parte actora los valores que solicita en el considerando siete de esta demanda. Por su parte la empresa demandada interpone Recurso de Casación, aduciendo una errónea interpretación del Art. 452 del Código del Trabajo y falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, lo que es contrario a las normas referidas y por lo tanto no tiene ningún fundamento tal acusación, por lo que por unanimidad de el Tribunal no casa la sentencia pronunciada.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO QUINTO DE TRABAJO DE PICHINCHA. Quito, jueves 08 de marzo de 2012. Las 16h07.

VISTOS: El señor GUISEPPE ALEJANDRO ZAMBONINO CAMPOVERDE comparece a fojas cinco y seis de autos y en lo principal dice: Con fecha de 01 de octubre de 2004, fue contratado por la compañía Andes Petroleum Ltd., para el cargo de Asistente de Materiales, con la finalidad que trabaje en el Oriente ecuatoriano en el campo de Taroa, con la modalidad de 14 días de trabajo y 14 días de descanso, siendo su última remuneración la suma de USD. 1.272 dólares. Que junto con varios compañeros tomaron la decisión de agruparse para formar un sindicato de trabajadores, que se constituyó llamado SINTRAAPET mediante acuerdo Ministerial nro. 00236 de 16 de diciembre de 2010, que el Ministerio de Relaciones Laborales concede personería jurídica a su sindicato de trabajadores. Que sin que exista motivo, fue despedido en forma arbitraria el 07 de enero de 2011. Que el acta de finiquito, no se ajusta a lo que dispone el art. 187 y 455 del Código del Trabajo, no está de acuerdo, por cuanto no se han considerado varios rubros tales como, horas extras, vacaciones, utilidades. Que con estos antecedentes y más que constan en el libelo de la demanda, en juicio oral de trabajo, demanda al Dr. ZHANG XING por sus propios derechos y como Presidente Ejecutivo de la compañía Andes Petroleum, a fin de que en sentencia se lo condene al pago de los rubros que reclama en su demanda; que la cuantía es de USD 25.000 dólares. Luego del sorteo de ley, la demanda que antecede correspondió conocerla a este juzgado, por lo que calificada la demanda y citado el demandado, (fs. 12 de autos) se convoca a las partes a la audiencia preliminar de conciliación, fojas 60 de autos, diligencia a la que comparece por una parte el actor junto con su abogado, Dr. Jhen Hamilton Rivadeneira Paz, por otra, el Dr. Agustín Hurtado Larrea, en calidad de Procurador Judicial del demandado, ZHANG XING, en su calidad de Apoderado General de la compañía ANDES PETROLEUM LTD. Insinuadas las partes para llegar a un acuerdo, la parte demandada expresa que no tiene una posición conciliatoria, por lo que procede a contestar la demanda por escrito conforme prescribe el art. 576 del Código del Trabajo, fojas 79-83 de autos, oponiendo, en resumen, las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 2. Improcedencia o inadmisibilidad de la demanda; 3. Falta de derecho del accionante; 4. Falta de derecho del actor para reclamar indemnizaciones especiales; 5. Alega litis pendencia; 6. Falta de legítimo contradictor; 7. No se allana a los vicios de nulidad que afectan a este juicio. Trabada la litis y agotado el trámite en su integridad, para resolver considera: **PRIMERO.** A la presente causa se le ha dado el trámite oral previsto en el art. 575 del Código del Trabajo y en la sustanciación del proceso no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez procesal.

SEGUNDO. Es obligación de las partes al tenor de lo dispuesto en los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, probar sus afirmaciones. Al contestar la acción los demandados expresamente: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho con respecto al reclamo de la parte accionante. Que los haberes a que tenía derecho le fueron debidamente pagados como consta en el acta de finiquito que fue suscrita con su representada, misma que no ha sido impugnada por el actor. **TERCERO.** En el caso que nos ocupa, la relación laboral no es motivo de controversia, conforme se desprende de la contestación a la demanda, fs. 57 de autos, que es corroborada con la prueba documental que obra del proceso. **CUARTO.** En el libelo inicial de la demanda, el actor reclama el pago de lo dispuesto en el art. 455 del Código del Trabajo, el mismo que establece: el empleador que contraviniera la prohibición del art. 452 de este Código, indemnizará al trabajador desahuciado o despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año. El art. 452 ibídem, señala que “salvo los casos del art. 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que estos notifiquen al respectivo inspector de trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva”. Obra del proceso a fs. 229 de autos el acta de finiquito suscrita por el actor GUISEPPE ALEJANDRO ZAMBONINO CAMPOVERDE y la empresa demandada ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD., el 17 de enero de 2011 ante el Inspector de Trabajo de Pichincha, mediante la cual se da por terminada la relación laboral existente entre las partes. En la misma consta liquidación de valores por varios conceptos, entre ellos por despido intempestivo. Dicha acta no ha sido impugnada por el actor en el libelo inicial de la demanda presentada como correspondía hacerlo. De conformidad con lo resuelto por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución nro. 822-2010 de fecha 01 de diciembre de 2010 a las 08h30, en la parte pertinente dice: “...esta Sala considera que el momento oportuno para impugnar el acta de finiquito es cuando esta impugnación se hace en el escrito de la demanda y que el hecho de no haberlo impugnado al momento de su suscripción (del acta) no impide su impugnación en un acto posterior (demanda)...” (paréntesis no corresponde al texto). De conformidad con lo dispuesto en el art. 595 del Código del Trabajo, el documento de finiquito suscrito por el trabajador, podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiese sido practicada ante el Inspector de Trabajo, quien cuidará que sea pormenorizada. De autos consta el acta de finiquito suscrita ante el Inspector de Trabajo de Pichincha, de la cual se desprende que la relación laboral concluyó por despido intempestivo, y por tal se ha realizado la liquidación de haberes respectiva. El actor recibió en valor que ahí consta por los conceptos señalados en la misma. Según los criterios determinantes para

impugnar el acta de finiquito de conformidad con el art. 595 del Código del Trabajo, tenemos: no haber sido suscrita ante el Inspector de Trabajo; que aunque suscrita ante la autoridad competente, no ha sido pormenorizada; aunque esté pormenorizada y haya sido suscrita ante la autoridad competente, contenga error de cálculo evidente, y se trate de corregirlo. O que lo mismo implique renuncia de derechos del trabajador. Así también si fuera el caso de que el empleado haya sido coaccionado para firmar. Lo que no ha sido demostrado en este proceso. En la especie el acta de finiquito ha sido suscrita ante autoridad competente, es pormenorizada, no contiene error de cálculo, tampoco se ha demostrado coacción al suscribirla, ni ha motivado renuncia de derechos del trabajador. Por este medio se prueba la terminación de la relación laboral y el acta que la contiene, de no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley, es impugnable; en el caso que nos ocupa, sí bien el actor deja constancia de su desacuerdo en el acta y en la demanda, especialmente haciendo expresa protesta del contenido constante en su cláusula tercera, éste no la impugna de manera expresa y lo hace en un escrito posterior, fojas 9 de autos, dentro del cual, además, procede a reformar la demanda, señalando “...que la aclara en términos de concretar los reclamos efectuados...”, esta última actuación, ajena al procedimiento oral de trabajo que se rige por sistema de audiencias y en la cual el actor, desde el mismo libelo inicial de demanda, que es la materia sobre lo cual ha de pronunciarse el Juez en sentencia, está obligado a puntualizar y concretar sus pretensiones, siendo inaplicable al efecto el art. 70 del Código de Procedimiento Civil que el accionante pretende invocar como norma supletoria del Código del Trabajo, por lo que es procedente considerar, en virtud de la irrenunciabilidad de derechos del trabajador, si el acta de finiquito cumple con los requisitos de orden formal determinados en el art. 595 del Código del Trabajo, y, si en ella se contienen todos y cada uno de los derechos que le corresponden al trabajador. Analizado el documento, se observa que ha sido celebrado y suscrito por las partes ante la autoridad administrativa competente y en el mismo se encuentra consignados cada uno de los rubros que le han sido reconocidos al trabajador, sin que pueda establecerse, de los reclamos formulados por el actor en los literales a), c) y d) de la demanda, derecho alguno a los mismo por genéricos e imprecisos; en cuanto a vacaciones, literal b), consta su cancelación, así como las copias de los roles de los que se desprende que le han sido pagadas al hoy actor en su oportunidad, fojas 255 a 410 de autos; y, con respecto a los reclamos que formula en el literal e) de la demanda, el actor no ha justificado su condición de dirigente sindical, ni tampoco que su empleador haya infringido la prohibición establecida en el art. 452 del Código del Trabajo, ya que consta de autos, fojas 42, que la organización sindical SINTRAAPET fue aprobada mediante Acuerdo nro. 236 de 16 de diciembre de 2010, esto es con la anterioridad a que haya concluido la relación laboral, por tanto es improcedente y carece de fundamento en este aspecto, la excepción de litis pendencia alegada por la

accionada. Encontrándose que el acta de finiquito de fecha 17 de enero de 2011, cumple con los requisitos de orden legal correspondiente, esta surte plenos efectos lo que torna improcedente la acción propuesta. En virtud de lo expuesto y sin que exista otros elementos que considerar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza la demanda. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese.**

f) **Dra. España Gonzaga Jueza Temporal.**

APELACIÓN

Juez Ponente: Dr. Luis Araujo Pino.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, jueves 10 de mayo de 2012. Las 09h43.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor y la adhesión al recurso por la parte demandada a la sentencia dictada por la Jueza Temporal Quinta del Trabajo de Pichincha, dentro del juicio oral de trabajo seguido por GUISEPPE ALEJANDRO ZAMBONINO CAMPOVERDE en contra de ANDES PETROLEUM ECUADOR LIMITED, representada por Zhang Xing, en su calidad de Presidente Ejecutivo, por sus propios derechos y por los que representa, se considera: **PRIMERO.** El actor en su demanda manifiesta que con fecha 01 de octubre de 2004 fue contratado por la compañía Andes Petroleum para el cargo de Asistente de Materiales, en el campo de Tarapoa, con la modalidad de 14 días de trabajo y 14 días de descanso, siendo su última remuneración de \$1.272,00. Señala que con varios compañeros tomaron la decisión de agruparse para formar un sindicato con la finalidad de precautelar sus intereses que estaban siendo mancillados por el empleador. Constituyendo el sindicato de trabajadores SINTRAAPET mediante acuerdo ministerial 00236 de 16 de diciembre de 2010, en donde el Ministerio de Relaciones Laborales concede personería jurídica al sindicato. Que la conformación de dicho sindicato no le gustó al empleador motivo por el cual fueron objeto de despido intempestivo; en su caso concreto sin que exista motivo alguno con fecha 07 de enero de 2011 le despiden intempestivamente, habiendo Andes Petroleum enviado el acta de finiquito al Ministerio de Relaciones Laborales; acta que no se ajusta a lo que dispone los arts. 187 y 455 del Código del Trabajo y que con fecha 10 de enero del año en curso el Director Regional de Trabajo convocó a una audiencia a la parte empleadora y a los trabajadores que fueron objeto de despido por Andes Petroleum a fin de buscar un entendimiento, pero la empresa no quiso reconocer lo que le corresponde conforme lo dispone el art. 455 del Código del Trabajo. Que no está de acuerdo con dicha liquidación por cuanto no se han considerado varios rubros tales como: horas extras, vacaciones, utilidades, etc. Con éstos antece-

dentos y con los fundamentos de derecho que menciona, reclama el reconocimiento de los 5 literales que detalla en el libelo inicial. El trámite es el procedimiento oral y la cuantía la fija en \$ 25.000,00. Calificada la demanda y cumplida la solemnidad de citación, tiene lugar la audiencia de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas el 4 de julio de 2011 a las 10h09 (60 y vta.) con la comparecencia del actor Guiseppe Alejandro Zambonino Campoverde acompañado de su defensor Dr. Jhen Rivadeneira Paz y por la otra parte comparece el Dr. Agustín Hurtado Larrea en calidad de procurador judicial del demandado señor Zhang Xing en su calidad de apoderado general de la compañía Andes Petroleum Ltd. No es posible la conciliación. La accionada contesta la demanda (fs. 79, 80 y vta.) en los siguientes términos: en cuanto a las pretensiones de pago de horas extraordinarias y suplementarias, vacaciones, días festivos y utilidades, hace notar que existe falta de precisión, pues no se señala períodos, meses o años, aparte de que en el acta de finiquito el actor declara que todos los haberes que le eran debidos han sido pagados. La indemnización sindical que reclama, no tiene derecho ya que la organización nunca eligió directiva definitiva, esto en lo que se refiere al art. 187 del C.T. y en lo concerniente al reclamo que lo fundamenta en el art. 452 ibídem, el actor fue despedido con posterioridad al período de protección al que se refiere la indicada norma. Por lo anterior se excepciona con: negativa pura y simple los fundamentos de hecho y de derecho; inadmisibilidad de la demanda porque la misma carece de requisitos legales, falta de derecho del accionante a reclamar valor alguno; falta de derecho del actor a reclamar las indemnizaciones especiales de los arts. 187 y 455 del C.T.; litis pendencia; falta de legítimo contradictor; y, no se allana a los vicios de nulidad. Por haber hechos que deben justificarse, las partes formulan pruebas, mismas que son proveídas procesalmente. La audiencia definitiva se realiza el 07 de septiembre de 2011 a las 08h29 (fojas 422 y 423 vta.) con la comparecencia de las partes en litigio. El actor pide se declare confeso al demandado Xing Zhang por no concurrir a esta diligencia pese a estar legalmente convocado y así es declarado por el Juez al tenor de las preguntas formuladas, el abogado del accionado señala que no se ha designado perito traductor para esta confesión y siendo solemnidad sustancial su omisión, acarrea la nulidad de la diligencia. Se recibe la confesión judicial y el juramento deferido del actor. Las partes alegan en derecho de forma estricta y oral. Concluido el trámite la Jueza Temporal dicta sentencia rechazando la demanda. Sin costas ni honorarios que regular. **SEGUNDO.** Por la apelación del actor, la adhesión de la demandada y en virtud del sorteo correspondiente los autos acceden a esta Sala Especializada radicándose así la competencia. **TERCERO.** En la sustanciación del proceso no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión, por lo que se declara la validez de lo actuado. **CUARTO.** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, correspondió a cada una de las partes la prueba de sus

respectivas afirmaciones. **QUINTO.** La relación laboral no es materia de discusión, ha sido aceptada en forma expresa al contestar la demanda, consta del acta de finiquito y deviene de los demás recaudos procesales. **SEXTO.** El accionante en su escrito de demanda reclama en los literales a, b y c, el pago de las horas extraordinarias y suplementarias, vacaciones y días festivos trabajados, sin precisar los períodos por los que pretende el reconocimiento; a fojas 1 y vta., consta el acta de finiquito suscrita el 17 de enero de 2011 entre los ahora litigantes ante la Inspectora de Trabajo Rosa Mery Guillen Ordóñez, documento que no ha sido impugnado expresamente, sin embargo se procede a su revisión, encontrándose que en él se registran los rubros antes nombrados y no se determina que exista perjuicio a los derechos del actor, omisiones o error de cálculo y por tanto se desestiman las pretensiones a las que se refiere este considerando. **SÉPTIMO (sic).** En cuanto a los requerimientos de las indemnizaciones contempladas en los arts. 187 y 455 se fundamenta: 1. DISPOSICIONES LEGALES: “Art. 187. Garantías para dirigentes sindicales. El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva, de la organización de trabajadores si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año...” “Art. 455. Indemnizaciones por desahucio y despido ilegales. El empleador que contraviniera la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador desahuciado o despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año.” “Art. 452. Prohibición de desahucio y de despido. Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que estos notifiquen al respectivo inspector de trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva.” “Art. 442. Personería jurídica de las asociaciones profesionales o sindicatos. Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constaren el registro que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo.” Art. 447. Contenido de los estatutos. Los estatutos deberán contener:... 3. Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción;...2. TRÁMITE DE CONSTITUCIÓN DEL SINDICATO: a) En la hoja 115 consta el oficio 019-SIN-TRAAPET-29-11-2010 de 29 de noviembre de 2010 mediante el cual el señor Guiseppe Alejandro Zambonino Campoverde, en su calidad de Secretario General Provisional de la Directiva del Sindicato de Andes Petroleum hace conocer al Director Regional del Ministerio de Relaciones Laborales, de la constitución de esa organización laboral. Esta comunicación es recibida en ese Ministerio el 09 de diciembre de 2010. b) Con Acuerdo nro. 00236 de 16 de diciembre de 2010, se aprueban los Estatutos del Sindicato de Trabajadores de la empresa Andes Petroleum Ltd. Denominada SIN-

TRAAPET (fs. 84 y vta.). c) A folio 191 consta la comunicación de 28 de abril de 2011 dirigida al Ministerio de Relaciones Laborales, con la que se le hace conocer la integración de la Directiva definitiva del Sindicato. **OCTAVO.** De lo expuesto en el considerando anterior se concluye que el tiempo de vigencia de la garantía contemplada en el art. 452 C.T., operó del 29 de noviembre de 2010 al 28 de abril de 2011, fecha en que fue integrada la primera directiva y si el actor fue despedido intempestivamente el 17 de enero de 2011, como consta en el acta de finiquito, tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 455 del Código del Trabajo. En lo que hace referencia a la indemnización del art. 187 ibídem, no tiene derecho a ese beneficio en virtud de que a la fecha del despido no se integraba la directiva definitiva del sindicato. **NOVENO.** Se confirma como tiempo de servicio del 01 de octubre de 2004 al 17 de enero de 2011 y como última remuneración mensual \$1.272,00, según último rol de pagos. Se procede a liquidar el ítem reconocido: indemnización art. 455 \$1.272,00 x 12 meses = \$15.264,00. Por lo expuesto: **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta el recurso de apelación interpuesto por el actor, se desestima la adhesión de la parte demandada, se acepta la demanda del actor y se revoca la sentencia venida en grado, disponiendo en consecuencia que ANDES PETROLEUM, por intermedio de Zhang Xing, en la forma que ha sido requerido, pague al actor GUISEPPE ALEJANDRO ZAMBONINO CAMPOVERDE, la suma de QUINCE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO DÓLARES 00/00 (\$15.264,00), monto al que asciende el rubro concedido en el considerando noveno de este fallo. Con costas y se regula el honorario de la defensa del actor en el 5% del monto que se dispone pagar. Actúa en la presente causa el Dr. José Luis Viteri, en su calidad de Conjuez. **Notifíquese.**

f) **Dr. Luis Araujo Pino Juez Presidente, Dra. María Cristina Narváez Jueza, Dr. José Luis Viteri Lastra Conjuez.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. Quito 23 de agosto de 2013. Las 10h20.

VISTOS: El Dr. Agustín Hurtado Larrea, en calidad de Procurador Judicial de la demandada, compañía Andes Petroleum Ecuador Ltda., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, expedida el 10 de mayo de 2012, a las 09h43, dentro del juicio laboral que en su contra sigue Guiseppe Alejandro Zambonino Campoverde, misma que acepta el recurso de apelación interpuesto por el actor, desestima la adhesión de la parte demandada, acepta la demanda revocando la sentencia subida en grado, disponiendo que la empresa Andes Petroleum por intermedio del Dr. Zang Xing en la

forma que ha sido requerido pague al actor, la suma de \$15.264.00 USD; por lo que encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Este Tribunal 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 nro. 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; 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, el resorteo realizado cuya razón obra de autos; y, Oficio nro. 1491-SG-CNJ-IJ de 25 de julio de 2013, por medio del cual, conforme lo dispone el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión ordinaria de 24 de julio de 2013, concedió licencia a la Doctora Mariana Yumbay Yallico asumiendo sus atribuciones y deberes el Doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia. Calificado el recurso interpuesto por la Sala de Conjuces de lo Laboral de la Corte Nacional 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 casacionista fundamenta su recurso en el art. 3 causal número 1 de la Ley de Casación, por cuanto considera que existe errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo y en el art. 3 causal número 3 por considerar que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los arts. 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.** Tomando en cuenta algunos 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 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. 1) 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). 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 nomofilaquia, 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, 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 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 nro. 66-10-CEP-CC, caso nro. 0944-09-EP, Registro Oficial Suplemento nro. 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, 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..." **CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.** Confrontado el contenido del recurso de casación con el fallo cuestionado, se observa que el recurrente se ha fundamentado en las causales primera y tercera del art. 3 de la Ley de Casación acusa el haberse producido errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo, y falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los arts. 115, 165, y 166 del Código de Procedimiento Civil, por lo que siguiendo el orden lógico de resolución de las mismas se analizará en primer lugar la causal tercera y luego la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación. **PRIMERA ACUSACIÓN:** Falta de

aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los arts. 115, 165, y 166 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación. Al respecto se advierte: **1.** Las normas acusadas se refieren a los medios de prueba; efectos de los instrumentos públicos y contra quienes causan dichos efectos. Esta causal acusa 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”. Por tanto, no corresponde al Tribunal de casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que sirvieron en el proceso de convicción del Tribunal Ad quem para dictar el fallo, en este sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia expresó: “La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia transgresión de normas sustantivas o materiales. El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1. Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar las piezas agregadas al proceso. 2. Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3. Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es, con transgresión del art. 121 del Código de Procedimiento Civil.” (...) Para que sea tomado en cuenta el cargo por tal causal, el recurrente en su formulación debe cumplir éstos requisitos: 1. Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, informe pericial) mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, agregar “y siguiente”. 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado. 4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada...” (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados, Fondo Editorial,

Quito-Ecuador, 2005, pp. 157-158.). **2.** En la especie, el recurrente acusa falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los arts. 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil, al fundamentar esta acusación entre otros aspectos sostiene: “... al no apreciar en conjunto las evidencias que se desprenden de la copia certificada del Acta Constitutiva del Sindicato de Trabajadores SINTRAAPET, (fojas 85 a 87) y del oficio 822-GL-2011 de 30 de mayo de 2011 (fojas 193) donde el Ministerio de Relaciones Laborales **niega** la solicitud de registro de la llamada “directiva definitiva”. Directiva tampoco aplica las mencionadas normas, la Sala al no expresar la valoración que dio a la Directiva Provisional del Sindicato; nominada, elegida y posesionada en la Asamblea General y cuya existencia está probada en la mencionada copia certificada del Acta Constitutiva. Por el contrario, la Sala al ignorar el contenido y los efectos del mencionado oficio 822-GL-2011 de 30 de mayo de 2011”. Así mismo el recurrente expresa que: “Adicionalmente, la Sentencia adolece de una falta de aplicación de los preceptos jurídicos que regulan la valoración de la prueba contenidos en el art. 166 del Código de Procedimiento Civil; al no haber determinado que el instrumento público consistente en la copia certificada del Acta Constitutiva debe hacer fe en cuanto a su contenido, en contra de la propia parte actora, puesto que tal documento contiene afirmaciones efectuadas por los propios miembros del Sindicato, entre ellos el actor. En otras palabras, tal documento en el que consta la firma del actor evidenciando la nominación, elección y posesión de la Directiva Provisional, debe hacer fe contra él”. Apreciaciones que a criterio del casacionista se evidencia “... la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los citados artículos 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil han conducido a una equivocada aplicación del artículo 452 del Código Laboral en la sentencia”. Luego sostiene que si la Sala hubiese valorado la prueba en su conjunto “... dándole a la copia certificada del Acta Constitutiva del Sindicato su verdadero valor jurídico como un instrumento público, que prueba inequívocamente que la primera directiva del sindicato fue la directiva provisional elegida en dicha asamblea constitutiva, la Sala hubiera necesariamente llegado a la conclusión que el período de protección establecido en el artículo 452 del Código del Trabajo debió concluir el 16 de diciembre de 2010, fecha en la cual dicha Directiva Provisional quedó legalizada con la aprobación del Sindicato. De la misma manera, si la Sala le hubiera dado algún valor al oficio 822-GL-2011 de 30 de mayo de 2011 (fojas 193-194) en el cual el Ministerio de Relaciones Laborales **niega** la solicitud de registro de la llamada “directiva definitiva”, jamás podía haber llegado a la conclusión de que el período de protección del artículo 452 del Código del Trabajo se extendió hasta la fecha de integración de esa “directiva definitiva”, puesto que el mencionado oficio, lo que prueba es que tal directiva definitiva es inexistente...”; criterios sobre los cuales expresa que la Sala ha incurrido en la causal tercera del art. 3 de la

Ley de Casación. **2.1.** Por lo expuesto de la revisión de la sentencia recurrida y los cargos formulados se infiere que el casacionista trata que este Tribunal revise el proceso de valoración de la prueba actuada en el presente caso, lo cual no le está permitido a este Tribunal de casación, por cuanto esta es una atribución jurisdiccional propia de los jueces y tribunales de instancia, quienes de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: "...son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (...) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, ésta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento". (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1958, pp. 270 - 271). De todo lo cual se observa que analizada la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no se advierte que en ella contenga proposiciones absurdas, contradictorias que transgredan algunas de las reglas de la lógica formal o de la ciencia en el análisis de valoración de la prueba que con autonomía e independencia ha realizado el órgano jurisdiccional indicado, a consecuencia de lo cual, no se ha demostrado que el Tribunal Ad quem al dictar el fallo respectivo haya incurrido en falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 165 y 166 del Código de Procedimiento Civil como sostiene el recurrente en el recurso de casación. **SEGUNDA ACUSACIÓN:** El recurrente con fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación acusa, haberse producido una errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo. Del análisis respectivo se observa: la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación expresa: "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". Por tanto, se trata de tres diferentes tipos de trasgresión, esto es, a) Aplicación indebida: que ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; b) 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; y, c) Errónea interpretación: tiene lugar cuando, siendo la norma cuya trasgresión 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. En el caso sub iudice, el recurrente alega el tercer presupuesto de la norma

en referencia esto es errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo; y plantea como acusaciones principales las siguientes: a) Que en el Considerando Noveno de la sentencia se expresa lo siguiente: "De lo expuesto en el considerando anterior se concluye que el tiempo de vigencia de la garantía contemplada en el Art. 452 del Código del Trabajo **operó del 29 de noviembre de 2010 al 28 de abril de 2011, fecha en que fue integrada la primera directiva** y si el actor fue despedido intempestivamente el 17 de enero de 2011, como consta en el acta de finiquito, tiene prevista a la indemnización prevista en el Art. 455 del Código del Trabajo". b) Que del texto de la sentencia citado se desprende que la sentencia "... toma como **fecha de inicio** de la protección establecida en el artículo 452, el 29 de noviembre de 2010 que corresponde a la fecha del "oficio nro. 019-SIN-TRAAPET-29-11-2010"; y, como **fecha de terminación** del período de protección, el 28 de abril de 2011, fecha en la cual el Secretario General del Sindicato hace conocer al Director Regional del Trabajo con la integración de la denominada "directiva definitiva" del Sindicato (fs. 191)". c) El recurrente en el punto 2.8 del Recurso de Casación sostiene: "En nuestra opinión y como lo fundamentaremos a continuación no hay lugar a duda que la "Directiva Provisional" que cobró vida el 16 de diciembre de 2010 con la expedición del Acuerdo Ministerial nro. 236, debe ser considerada como la "primera directiva" para efectos del artículo 452 del Código del Trabajo y por lo tanto la que debe tenerse en cuenta para determinar la duración del período de protección contemplado en dicha norma legal. 2.9 Desde el punto de vista jurídico, es claro para nosotros que la intención del legislador en el artículo 452 fue la de establecer un período de protección definido, determinado, limitado, que se iniciaba el día en que los trabajadores notificaban a la autoridad administrativa que se habían reunido en asamblea general con la intención de formar un sindicato y terminaba el día en que quedaba integrada la "primera directiva" (salvo la excepción contenida en el artículo 453 que comentaremos más adelante). (...) 2.22 f) Que, por lo tanto la correcta y única interpretación posible del artículo 452 del Código del Trabajo, en armonía y en concordancia con las demás normas antes citadas, es interpretando el término "primera directiva" como equivalente a "*directiva provisional*" (...) 2.26 Como lo hemos manifestado repetidamente en este escrito, el término "*primera directiva*" debe interpretarse en su sentido natural y obvio que es el que denota la directiva que cronológicamente se nomino y aprobó primero; y además en el sentido en que haya armonía y correspondencia con el resto de artículos del Código del Trabajo en los cuales se trata sobre las directivas. Este sentido es aquel en que los términos "directiva provisional" y "primera directiva" son equivalentes. 2.27 Como se puede apreciar en la lectura de la Sentencia, la Sala interpreta el artículo 452 del Código del Trabajo totalmente fuera de su contexto jurídico incurriendo en la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, y al hacerlo provoca que la sentencia le otorgue indebidamente al actor un derecho que jurídicamente

no le corresponde””. Por lo expuesto corresponde dilucidar sobre la fundamentación efectuada y las acusaciones que se realizan en el presente caso: 1. El Art. 1 de la Constitución estableció: “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico...”. Definición de Estado Constitucional que a decir de Carlos Bernal Pulido, la principal ley que rige su construcción como tal: “...es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales...”. (El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia, 2005, p. 149). En ese contexto, el Art. 172 *ibídem*, señala: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley...”. Así mismo el Art. 417 prescribe: “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”; y de conformidad con el Art. 425 de la misma Carta Fundamental “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; 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”. Normativa ésta que mantiene conexidad con lo dispuesto en el Art. 11 de la Carta Fundamental que aborda sobre los principios que rigen para el ejercicio de los derechos, entre otros lo constante en el numeral 5, que dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. El Art. 326 numeral 7 de la Constitución establece como uno de los principios del derecho al trabajo el de que: “Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores”. En concordancia con esta norma de rango constitucional el inciso primero del Art. 440 del Código del Trabajo al referirse a la libertad de asociación expresa: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones...”. A su vez, el Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo relativo a libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación en los siguientes artículos expresa: Artículo 2: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el

derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Artículo 3: “1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2 Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Artículo 7: “La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.” Artículo 8: “1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menos cabe las garantías previstas por el presente Convenio.” Artículo 11 “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”. De modo similar, el convenio 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva en el artículo 1 garantiza: “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”. Por tanto, la interpretación que se realice de las normas de carácter legal en el ámbito laboral, de nuestro ordenamiento jurídico debe hacerse teniendo en cuenta los principios relativos sobre el derecho de organización y más normas conexas constantes en la Constitución, en los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y más estándares internacionales relacionados con el derecho de organización. 2. El Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional de Trabajo realizó una publicación sobre “UTILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR PARTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES, RECOPIACIÓN DE SENTENCIAS”, agosto 2009, -Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo- En esta publicación constan sentencias de tribunales nacionales de distintos países del mundo, en las que se han utilizado elementos del Derecho

Internacional para la resolución de los litigios, entre ellas se halla una sentencia de la “Corte de Apelación del Trabajo, Hugo Humberto Rodríguez Rojas y otros v. Wackenhut de Honduras S.A. de C.V. s/demanda ordinaria laboral, 10 de octubre de 2006”, sobre un tema de libertad sindical, sentencia en la cual se emite un criterio que para el caso es ilustrativo al decir: “En éste sentido, desestima los argumentos de la empresa sosteniendo que conforme al Convenio nro. 87 de OIT la constitución de una entidad sindical no queda sometida a ningún tipo de reconocimiento estatal existiendo dicha entidad desde que se conforma la voluntad colectiva de los trabajadores organizados y generándose la tutela especial a sus dirigentes otorgada por el Convenio nro. 98 de OIT desde el mismo momento de la constitución del ente sindical. Por lo tanto, el argumento que el sindicato constituido en la empresa aún no había obtenido su registro estatal no es suficiente para negar la existencia del ente sindical ni la protección sindical a sus representantes y/o a los trabajadores que intervinieron en su constitución...” (p. 117). **3.** El recurrente al acusar la errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo, realiza a partir de su concepción un análisis e interpretación de la norma en referencia, del modo que consta en el recurso de casación a causa de lo cual es necesario dilucidar sobre los aspectos más importantes que se contienen en ella y se lo hace del modo que sigue: **3.1.** Según José Luis Ugarte Cataldo, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile e investigador y profesor del Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales, al tratar sobre el ámbito protegido de los derechos fundamentales del trabajador y la interpretación constitucional manifiesta entre otros aspectos, que el juez de trabajo al momento de resolver cuál será el ámbito protegido de un derecho fundamental debe efectuar una operación de interpretación en la que puede utilizar las reglas, cánones interpretativos o tópicos argumentativos provenientes de tres vertientes distintas: 1. “Las reglas tradicionales de interpretación. La aplicación de la regla gramatical o semántica (debe estarse en el sentido de las palabras usadas por la Constitución), teleológica (la finalidad perseguida por la norma constitucional), sistemática (la debida correspondencia de la interpretación propuesta con las demás normas constitucionales) e histórica (la historia oficial o fidedigna de las normas constitucionales) forman parte de la tarea de determinar los deslindes de un derecho fundamental, sea en un juicio constitucional o uno laboral con implicancia constitucional como el de tutela (...) 2. “Las reglas de interpretación constitucional. Dichos cánones, principios y reglas de la interpretación constitucional son, entre otros, el de unidad constitucional (debe interpretarse respetando la unidad y armonía de todos sus preceptos), el de máxima eficacia (deben preferirse las interpretaciones que den la mayor efectividad y utilidad a las normas constitucionales), el de fuerza normativa de la Constitución (las normas constitucionales deben interpretarse para que produzcan efectos jurídicos o vinculantes) y el de concordancia práctica (debe buscarse la máxima compatibilidad entre las normas constitu-

cionales y evitarse interpretaciones que sacrifiquen una norma constitucional en favor de otra) (...) 3. “Las reglas de interpretación propias de los derechos fundamentales (...) a) Principio “Pro Homine”. Se trata sin lugar a duda del principio estrella de la interpretación de los derechos fundamentales y que la doctrina lo reconoce en múltiples tratados internacionales (...) se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos (...) b) Principio de la posición preferente de los derechos fundamentales. En la resolución de soluciones vinculadas a los derechos fundamentales, la doctrina ha apuntado como criterio interpretativo central lo que ha denominado “posición preferente de los derechos fundamentales”, y que implica sostener que en razonamiento jurídico del operador encargado en aplicar el derecho debe tener un lugar preeminente las razones fundadas en derechos fundamentales, desplazando de ser necesario, en casos de conflictos o tensión, a las razones normativas no iusfundamentales o de naturaleza infraconstitucional (...) c) Principio de progresividad de los derechos fundamentales. Esta directiva interpretativa exige dar la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales atendida la fuente constitucional que los establece. “como la ley suprema esta llamada a regular normativamente la realidad política y social, los operadores jurídicos estatales (legislativos, administrativos y jurisdiccionales) deben procurar dar a sus disposiciones la máxima efectividad posible para que incidan en el sentido de la conducta humana”. De esta manera, como explica la doctrina, “el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello la dignidad de la persona; principio ampliamente reconocido en el derecho internacional como en el artículo 52 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en el artículo 4to. del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales...” (Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, Derecho Laboral, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, Editorial Temis, Varios Autores, pp. 161-171). **3.2.** Javier Pérez Royo, al analizar sobre la contribución de las reglas tradicionales de la interpretación jurídica a la interpretación constitucional expresa que tales reglas son en el número de cuatro en el modo que lo formulará Savigny en el siglo pasado y que son: “1°. La interpretación gramatical que se basa en el texto de la norma, en su dicción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador. 2°. La interpretación sistemática que acude a la conexión del precepto que se tiene que interpretar con el derecho en que se inserta. 3°. La interpretación teleológica, que atiende a la finalidad perseguida por la norma. 4°. La Interpretación histórica que toma en consideración

el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida. Estos cuatro criterios no son alternativos, es decir, no tienen por qué conducir a resultados interpretativos distintos, aunque puede ocurrir que así sea...” 4. El Art. 452 del Código del Trabajo prescribe: “Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral. Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores. Las asambleas generales para la organización de las restantes asociaciones de trabajadores, no están sujetas al requisito del cincuenta por ciento, a que se refiere el inciso anterior”. 4.1. La norma laboral en referencia tiene varios componentes: de una parte, en forma enfática señala que de haberse notificado al inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, la vía sigue expedita si un trabajador siendo parte de la organización sindical se halla incurso en causal de visto bueno. De otra, teniendo en cuenta el contenido de los incisos primero y segundo de la norma en referencia, el empleador no podrá desahuciar ni despedir a ninguno de sus trabajadores. Así mismo, la norma en análisis fija un período de tiempo de garantía de inamovilidad lo que en doctrina se conoce como fuero sindical, por el que el empleador está prohibido de desahuciar o despedir a las o los trabajadores que se hallen en la circunstancia antes indicada al decir: “...desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores...” y “...hasta que se integre la primera directiva...”, momentos éstos de inicio y terminación de la tutela de carácter organizacional, cuya transgresión está regulada del modo previsto en el Art. 455 del Código de la Materia, que en concepto del recurrente, en su calidad de procurador judicial de la parte accionada ha emitido sus criterios al respecto tal como consta en el recurso de casación; lo cual exige el análisis que corresponde en estos casos. 4.1.1. En cuanto a la fecha de inicio de la garantía de inamovilidad según el Art. 452 del Código del Trabajo, como quedó indicado de manera textual señala: el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, “...desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores”, “...hasta que se integre la primera directiva...”. Por tanto, teniendo en cuenta las reglas tradicionales de interpreta-

ción jurídica según Savigny, que mantienen concordancia con las reglas de interpretación judicial de la ley constantes en el art. 18 del Código Civil y más reglas de interpretación, entre otras como las propias de los derechos fundamentales, la norma en referencia ha señalado el momento de inicio y el de la terminación de la garantía de inamovilidad, sin embargo de lo cual la parte demandada ha emitido sus propios criterios, por lo cual corresponde precisar: 4.1.1.1. El Dr. Julio César Trujillo al abordar sobre la constitución de las organizaciones profesionales y de manera concreta sobre los requisitos para la constitución de las asociaciones indica que deben cumplirse, de una parte, los requisitos de fondo y de otra los de forma. Entre los requisitos de forma hace referencia al requisito de la “Asamblea General Constituyente” y sobre ésta indica: “Este acto jurídico por el que deciden constituir el sindicato debe expresarse en una reunión de todos los trabajadores u empleadores que deseen constituirlo y esta reunión recibe el nombre de “asamblea general para constituir un sindicato”. La ley no precisa cómo y qué ha de hacer esta asamblea general pero tácitamente dispone que ha de nominar una directiva provisional que dirija las deliberaciones y realice las diligencias y gestiones necesarias para la legal constitución del sindicato; la misma asamblea ha de decidir si se constituye o no el sindicato y, de pronunciarse por la constitución se levantará “un acta constitutiva”, esta será firmada por todos los concurrentes quienes no sepan firmar dejarán impresa la huella digital, art. 439 nro. 1” (actual 443 nro. 1 C.T.). Como segundo requisito de forma el tratadista señala que debe cumplirse la notificación al Inspector de Trabajo y sobre ésta sostiene: “El primer acto oficial de la directiva provisional será notificar al Inspector de Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato, ya que desde el momento que el Inspector de Trabajo recibe la notificación todos los trabajadores gozan de la inamovilidad en sus empleos y, de acuerdo al art. 448 del Código del Trabajo, el empleador no podrá desahuciar ni despedir del trabajo salvo por las causas previstas en el art. 171 y previó el visto bueno. Si es que los trabajadores dejaren de notificar de estos particulares al Inspector de Trabajo, ello no sería óbice para continuar con los trámites para constituir el sindicato, pero los trabajadores no gozarían de la inamovilidad antedicha. La notificación debe hacerse por escrito a fin de que el Inspector de Trabajo a su vez, pueda poner en conocimiento del hecho al empleador, lo que hará en las veinticuatro horas subsiguientes; pero la garantía de la inamovilidad comienza a regir no desde que el empleador se ha informado, sino desde el momento en que se lo notifica al Inspector de Trabajo; en consecuencia el empleador no puede excusarse alegando no haber conocido la notificación del Inspector de Trabajo o no haberla recibido dentro de las veinticuatro horas. Cuando hay peligro de represalias del empleador se acostumbra a invitar al Inspector del Trabajo a la asamblea general constituyente y notificarle, por tanto en el mismo acto...” (Art. 448, actual 452; art. 171 actual 172). (Citas que constan en la obra Derecho del Trabajo, Tomo II, Colección Textos

Universitarios, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1978, pp. 131-133). **4.1.1.2.** La regulación de orden legal sobre las asociaciones de trabajadores establecida en el Título V, Capítulo I, del Código de Trabajo en este Capítulo, entre otros aspectos se trata sobre los siguientes: El Art. 442, precisa: “Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constar en el registro que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo. Se probará la existencia de la asociación profesional o sindicato mediante certificado que extienda dicha dependencia”. En concordancia con la norma citada, el art. 443, fija los requisitos para la constitución de asociaciones profesionales o sindicatos, del siguiente modo: “Para los efectos contemplados en el artículo anterior los fundadores, en número no menor de treinta al tratarse de trabajadores, o de tres al tratarse de empleadores, deben remitir al Ministerio de Trabajo y Empleo, en papel simple, los siguientes documentos: 1. Copia del acta constitutiva con las firmas autógrafas de los concurrentes. Los que no supieren firmar dejarán impresa la huella digital; 2. Dos copias del acta determinada en el ordinal anterior, autenticadas por el secretario de la directiva provisional; 3. Tres ejemplares de los estatutos del sindicato o asociación profesional, autenticados asimismo por el secretario de la directiva provisional, con determinación de las sesiones en que se los haya discutido y aprobado; 4. Nómina de la directiva provisional, por duplicado, con indicación de la nacionalidad, sexo, profesión, oficio o especialidad, lugar o centro del trabajo y domicilio de cada uno de ellos; y, 5. Nómina de todos los que se hubieren incorporado al sindicato, asociación profesional o comité de empresa, con posterioridad a la asamblea general reunida para constituirlos, con especificación del lugar de su residencia, la profesión, oficio o especialidad y el lugar de trabajo de los integrantes”; y, el Art. 444 al normar sobre el registro de asociaciones profesionales o sindicatos determina: “Recibida la documentación en el Ministerio de Trabajo y Empleo, el Ministro, en el plazo máximo de treinta días, ordenará el registro del nombre y características del sindicato o asociación profesional en el libro correspondiente de la Dirección Regional del Trabajo. En caso de que el Ministro no hubiere cumplido con lo dispuesto en el inciso anterior, o en el artículo siguiente, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato o asociación profesional”. Así mismo, el Art. 447 *ibídem* fija el contenido que deben tener los estatutos y precisa: “Los estatutos deberán contener disposiciones relativas a las siguientes materias: 1. Denominación social y domicilio de la asociación profesional o sindicato; 2. Representación legal del mismo; 3. Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción; 4. Obligaciones y derechos de los afiliados; 5. Condiciones para la admisión de nuevos socios; 6. Procedimiento para la fijación de cuotas o contribuciones ordinarias y extraordinarias, forma de pago y determinación del objeto de las primeras; 7.

La cuota mínima que deberá pagar cada trabajador, que no podrá ser inferior al uno por ciento de su remuneración. En las empresas donde exista la asociación profesional o sindicato formado de acuerdo a la ley, aun los trabajadores no sindicalizados estarán obligados a pagar esta cuota mínima. De existir más de un sindicato o asociación profesional, la cuota de estos trabajadores será entregada a la organización que designare el trabajador; 8. Sanciones disciplinarias, motivos y procedimientos de expulsión con audiencia, en todo caso, del o de los inculcados. Se garantiza el ingreso de todos los trabajadores a las respectivas organizaciones laborales y su permanencia en ellas. La exclusión de dichas organizaciones tendrá apelación por parte del trabajador ante el respectivo inspector de trabajo; Frecuencia mínima de las reuniones ordinarias de la asamblea general y requisitos para convocar a reuniones ordinarias y extraordinarias; 10. Fondos sindicales, bienes, su adquisición, administración y enajenación, reglas para la expedición y ejecución del presupuesto y presentación de cuentas; 11. Prohibición al sindicato o asociación profesional de intervenir en actos de política partidista o religiosa, y de obligar a sus miembros a intervenir en ellos; 12. Casos de extinción del sindicato o asociación profesional y modo de efectuar su liquidación; y, 13. Las demás que determinen las leyes pertinentes o lo que resuelva la asamblea”. En este contexto el art. 453, expresa “El proceso de discusión y aprobación de los estatutos de una organización de trabajadores y de designación de la primera directiva no podrá durar más de treinta días contados desde la fecha en que se hubiere verificado la notificación al inspector de trabajo, salvo el caso de que el Ministerio de Trabajo y Empleo no hubiere procedido al registro de los estatutos dentro de este plazo. Si esto sucediere, el tiempo de protección se extenderá hasta cinco días después de aquel en que se aprueben los estatutos”; el art. 454 señala; que “Recibida la notificación a la que se refiere el artículo 452 de este Código, el inspector del trabajo la notificará a su vez al empleador, dentro de veinticuatro horas de haberla recibido y solo con fines informativos”; y, el art. 456 de manera categórica prescribe: “Aprobados los estatutos, se anotará el nombre y características de la asociación en el correspondiente registro de la respectiva Dirección Regional del Trabajo”. En este sentido el Dr. Julio César Trujillo considera que el plazo de treinta días al que se hace referencia en el art. 444; como el de los treinta días que contempla el art. 453 del Código Laboral, de una parte “...son diversos...” y de otra, que si en los plazos indicados no se ha producido el registro de los estatutos o negada su inscripción, “...automáticamente a su vencimiento si es que el Ministro nada ha resuelto, se tiene por registrados los estatutos y el sindicato desde ese momento goza de personalidad o personería jurídicas, art. 440” (actual art. 444- p. 136 de la obra citada). Por tanto el efecto jurídico de los plazos contemplados en las normas referidas debe tenerse en cuenta para que se cumpla con la efectivización del derecho de organización contemplado en la Constitución y en los instrumentos internacionales, sin que se observe en las indicadas normas y en otras que su

incumplimiento afecte el derecho de organización indicado.

4.1.1.3. De lo expuesto, realizando una interpretación integral del Art. 452 del Código del Trabajo se advierte que la fecha de inicio para ser beneficiario (a) de la garantía de inamovilidad prevista en la norma indicada es aquella que corresponde a la fecha en la cual la directiva provisional, a través de quien la represente notifique al Inspector del Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato, comité de empresa u otra clase de organización de trabajadores; y, concluye el período de protección de inamovilidad, como se regula en la propia norma en análisis al decir "...hasta que se integre la primera directiva...", frase esta sobre la cual las partes procesales tienen sus propias conceptualizaciones y que por ello es necesario también dilucidar sobre la misma y por lo cual se lo hace del modo siguiente: Como quedó indicado, según la disposición constante en el art. 452 del Código del Trabajo en análisis, el período de tutela de quienes han decidido constituir la organización sindical es "...**hasta** que se integre la primera directiva..." (lo resaltado pertenece al Tribunal). Al respecto, corresponde para la comprensión de este texto de orden legal en el ámbito del derecho laboral, tener en cuenta la diferencia que existe entre "directiva provisional" y "...primera directiva...". **En cuanto a la directiva provisional**, la Ley no define su rol a cumplir, por lo cual es necesario determinar sobre su naturaleza jurídica y sobre ello se debe tener presente, que se nombra esta directiva de una parte, para dar cumplimiento con las disposiciones legales contenidas en los Arts. 443.3, en tanto corresponde al Secretario de esta directiva, autenticar los tres ejemplares de estatutos a los que hace referencia la norma mencionada y más certificaciones de la organización en formación; y de otra, cumplir con el envío de la nómina de la directiva provisional, por duplicado conforme lo dispuesto en el Art. 443.4 ibídem, a más de aquello, corresponde a esta directiva, dirigir las discusiones tanto en la asamblea constitutiva de la organización como las que se convoquen posteriormente, ejecutar los mandatos de la o las asambleas y de manera especial la de realizar todos los trámites propios de la formación de una organización sindical en el marco de la Constitución, los instrumentos internacionales y la Ley, hasta la aprobación de los estatutos, la obtención de la personería jurídica y la elección de "...la primera directiva", como dispone el Art. 452 del Código Laboral. **En relación a la integración de la "...primera directiva..."**, el art. 447.3 del Código del Trabajo, establece como una de las disposiciones que forman parte de los estatutos de las organizaciones sindicales en formación es la relacionada con la: "Forma de organizar la directiva, con determinación del número, denominación, período, deberes y atribuciones de sus miembros, requisitos para ser elegidos, causales y procedimientos de remoción", por tanto la "...primera directiva...", no puede ser otra que aquella que se elige luego de haberse aprobado y registrado los estatutos de la asociación en la "Dirección Regional del Trabajo", como dispone el art. 456 del Código Laboral y que en acatamiento a lo regulado en el estatuto de cada organización sindical debe

procederse a la integración de la "primera directiva", de la organización en proceso de formación, directiva ésta que a partir del registro correspondiente del Ministerio de Relaciones Laborales, reemplaza a la "directiva provisional", primera directiva que efectivizará el derecho de organización y sus facultades, entre otras, el derecho a la negociación del contrato colectivo ante la inexistencia de un comité de empresa y otras. **5.** En la especie: **5.1.** Obra de autos (fs. 115 del cuaderno de Primera Instancia) el Oficio nro. 019-SIN-TRAAPET-29-11-2010 de fecha 29 de noviembre 2010, emitida por el señor Giuseppe Alejandro Zambonino Campoverde, en calidad de Secretario General Provisional de la Directiva del Sindicato de Trabajadores Andes Petroleum, dirigida al señor Pablo Naranjo, documento en el cual solicita el registro del nombre y el proyecto de estatuto **SINDICATO DE TRABAJADORES DE ANDES PETROLEUM CIA. LTDA.**, para cuyo efecto acompaña la documentación respectiva", documento y texto del cual se desprende que con la indicada fecha, esto es 29 de noviembre de 2010 la directiva provisional de la organización en formación ha dado cumplimiento con lo previsto en los arts. 452 y 453 del Código del Trabajo, es decir "...la notificación a la inspección de trabajo...", que se han reunido en asamblea general "...para constituir un sindicato...". **5.2.** Consta del proceso (fs. 91 a 105 del cuaderno de primera instancia) el estatuto del Sindicato de Trabajadores de la empresa Andes Petroleum LTDA. denominada "SINTRAAPET", y en el art. 41 del estatuto en referencia señala "Para cada proceso eleccionario interno o votación que se realice, se constituirá un órgano calificador de las elecciones, denominado Comité eleccionario, conformada por tres socios del Sindicato SINTRAAPET elegidos por mayoría, con sus suplentes de los presentes en Asamblea extraordinaria. Este órgano estará encargado de implementar la elección y/o votación, coordinar la asistencia de un ministro de fe, ejecutar el acto eleccionario y certificar los resultados del mismo, sin perjuicio de aquellos actos en que la Ley requiera la presencia de un ministro de fe de los contemplados en ella", norma contractual de carácter colectivo laboral que regula cómo ha de elegirse la primera directiva y las directivas posteriores del sindicato antes indicado y que en la especie no obra del proceso que en observancia a la norma contractual laboral se haya dado cumplimiento con aquello. **5.3.** De lo expuesto, el período de la garantía de inamovilidad de quienes integran el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Andes Petroleum Ltd. denominada SINTRAAPET, se halla comprendido desde que estos han notificado al inspector de trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir el sindicato en referencia, esto es, desde el 29 de noviembre de 2010 como consta en el Considerando Cuarto, acusación segunda número 5.1; hasta que se integre la "primera directiva" del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Andes Petroleum Ltd. SINTRAAPET. Por lo expuesto el criterio del recurrente constante en el punto 2 que corresponde a los fundamentos y causales en que apoya el recurso de casación y precisa en el punto 2.8 "En nuestra

opinión y como lo fundamentaremos a continuación, no hay lugar a duda que la “Directiva Provisional” que cobró vida el 16 de diciembre de 2010 con la expedición del Acuerdo Ministerial nro. 236 debe ser considerada como la “primera directiva” para efectos del artículo 452 del Código del Trabajo y por lo tanto la que debe tenerse en cuenta para determinar la duración del período de protección contemplado en dicha norma legal”, a la luz de los arts. 1 y 326.7 de la Constitución de la República del Ecuador; y, los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo que tutelan el derecho a la libertad sindical, a la protección del derecho de sindicación y a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, no se enmarcan en el ámbito de tutela que generan el ordenamiento jurídico del Ecuador los estándares internacionales referidos por lo que la

acusación de errónea interpretación del art. 452 del Código del Trabajo por parte del recurrente en el escrito de casación es contrario a la normativa referida y por lo cual no tiene ningún fundamento tal acusación. 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**, por unanimidad no casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez de la Corte Nacional.**

SALA DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I

Juicio n.º 2005-22917
Resolución: n.º 111-2011

Juicio contencioso tributario, por pago indebido propuesto por el Gobierno Municipal de Santo Domingo de los Colorados (hoy de los Tsáchilas) en contra del Director General de Servicio de Rentas Internas.

SÍNTESIS:

Para la Sala de lo Contencioso Tributario, 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, se observa que la sentencia recurrida, acepta parcialmente la demanda de impugnación. Con esta decisión, la Sala de instancia deja sin efecto parcialmente la providencia por la cual la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas declara improcedente el recurso de revisión insinuado por la parte actora. Al respecto es preciso indicar lo que disponen tanto el Art. 143 y 144 del Código Tributario, determinan el modo de cómo será tramitado este recurso, señalando que insinuado o iniciado un recurso de revisión, la autoridad competente, por lo cual, esta Sala observa que el Tribunal A quo debía dejar sin efecto la providencia emitida por la máxima autoridad de la Administración Tributaria y ordenar que ésta, de trámite al recurso de revisión insinuado por la actora, cumpliendo, como era su deber, con el precedente jurisprudencial obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 25 de noviembre de 2009 publicado en el Registro Oficial nro. 93 de 22 de los mismos mes y año. Por todo lo dicho, en virtud del control de legalidad previsto en el Art. 273 del Código Tributario y en aras de preservar las garantías del debido proceso, contempladas en el Art. 76 de la Constitución de la República, las cuales son propias no solo de los procesos judiciales sino también de los procedimientos administrativos, concluye que la sentencia impugnada, ha violado el Art. 144 del Código Tributario ya citado, y la amplia jurisprudencia existente sobre el tema y que ha sido elevada a precedente jurisprudencial obligatorio, mediante Resolución de 25 de noviembre de 2009 publicado en el Registro Oficial No. 93 de 22 de los mismos mes y año, particular que debe ser corregido por esta Sala. Casa la sentencia dictada y ordena que el Director General del Servicio de Rentas Internas de trámite al recurso de revisión insinuado.

**FALLO DEL TRIBUNAL
DISTRITAL DE LO FISCAL**

Conjuez Ponente: Dr. Wilson Cárdenas Vásquez.
TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL nro. 1,
CUARTA SALA. Quito, viernes 6 de mayo del 2011. Las 09h44.

VISTOS: El señor Kléber Paz y Miño Flores y doctor Homero Merino Báez, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Santo Domingo de los Colorados (hoy de los Sáchilas) como lo acreditan con los nombramientos que acompañan, comparecen ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito, con la siguiente demanda contenciosa tributaria de pago indebido, en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas, por ser la Autoridad de quien emanó la providencia nro. 917012004RREV000772, emitida el 17 de enero de 2005, en contra del Municipio de Santo Domingo, mediante la cual se declara la improcedencia del recurso de revisión solicitado en el reclamo de pago en exceso planteado oportunamente, y, se ordena su archivo. Antecedentes. Manifiestan los comparecientes que, mediante la providencia arriba indicada de 17 de enero de 2005, se niega en forma ilegal e ilegítima el derecho que tiene su representada a la devolución de la totalidad de las retenciones que fueron realizadas, bajo el argumento de que no cumple con ciertos requisitos las facturas presentadas, que nada tienen que ver con los argumentos vertidos por la Administración Tributaria y bajo ningún concepto pueden coartar el derecho de su representada debidamente demostrado en la etapa administrativa para la devolución de lo reclamado. Que las retenciones que le fueron practicadas a su representada, han configurado un pago indebido y excesivo, por cuanto el impuesto al valor agregado grava las transferencias de bienes o servicios, impuesto que la Municipalidad se encontraba obligada a cumplir con la Administración. Que de conformidad con el Art. 89 del Código Tributario, la declaración del impuesto al valor agregado, realizada y pagada por su representada por el período de marzo de 2004, es vinculante y definitiva, por tanto la Administración Tributaria está en la obligación de devolver el monto total de las retenciones realizadas, así se ha demostrado en la etapa administrativa, pues el monto reclamado corresponde documentadamente al monto retenido, sobre la base de las facturas y los comprobantes de retención adjuntados, los cuales han sido objetados parcialmente en su forma más no en su contenido de fondo. No puede por tanto la Administración Tributaria verificar los montos constantes en la declaración ya que para eso cuenta con la facultad determinadora, la cual ejercida oportuna y legalmente le faculta a establecer la legitimidad y veracidad de los valores declarados; asunto que en el presente caso ha sucedido, ya que se ha probado con documentos estos valores, por tanto la Administración

debió disponer su devolución. Con estos antecedentes el actor presenta como fundamentos de hecho y de derecho, que el Art. 323 del Código Tributario (de ese entonces) señala que: "Se considera pago indebido, el que se realice por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; el efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador...". Que el Art. 327-A del mismo cuerpo legal, define al pago en exceso "Aquél que resulte en demasía en relación con el valor que debió pagarse al aplicar la tarifa prevista en la Ley sobre la respectiva base imponible". La Administración Tributaria, previa solicitud del contribuyente, procederá a la devolución de los saldos a favor de este, que aparezcan como tales en sus registros, en los plazos y en las condiciones que la ley y el reglamento determinen, siempre y cuando el beneficiario de la devolución no haya manifestado su voluntad de compensar dichos saldos con similares obligaciones tributarias pendientes o futuras a su cargo. Si el contribuyente, no recibe la devolución dentro del plazo máximo de seis meses de solicitado, o si considera que lo recibido no es la cantidad correcta, tendrá derecho a presentar en cualquier momento un reclamo formal para la devolución, en los mismos términos que para el caso de pago indebido. Que, el inciso primero del art. 327 del Código Tributario anterior, dispone que aceptada la reclamación de pago indebido o en exceso por la Administración o por el Tribunal de lo Fiscal, se emitirá la nota de crédito o se admitirá la compensación a la que hubiere lugar. El término para el reembolso en ningún caso será mayor de sesenta días contados desde la fecha en el que el acto administrativo o sentencia se encuentre ejecutoriados. Que el Municipio de Santo Domingo se encuentra sujeto a la devolución total del impuesto al valor agregado pagado en sus compras, de conformidad con lo expuesto en la Ley de Régimen Tributario Interno en su Art. 69-B. "IVA pagado por los organismos y entidades del Sector Público. Pues, según la definición del Art. 118 de la Constitución Política de la República (de ese entonces), al IVA que paguen en la adquisición local o en la importación de bienes o en la demanda de servicios, las entidades u organismos del Sector Público, excepto las empresas públicas al igual que por la Junta de Beneficencia de Guayaquil, IESS, Fe y Alegría, CTG del Guayas, SOLCA, Cruz Roja Ecuatoriana y las Universidades y Escuelas Politécnicas, serán reintegradas sin intereses en un tiempo no mayor a treinta días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado no se hubiere reembolsado el IVA reclamado. El SRI, devolverá el IVA pagado contra la presentación formal de la reclamación del representante legal, quien deberá acompañar la copia de las facturas en las que se desglose el IVA. Que las Instituciones a las que se refiere el Art. 69-B de la Ley de Régimen Tributario Interno, presentarán al SRI una solicitud firmada por el funcionario autorizado, en el formulario que será proporcionado por el SRI, la información necesaria, así como las copias de las facturas que accredi-

ten los pagos del IVA. En caso de deficiencias en las facturas se aceptará como justificativo del crédito tributario los originales o copias de los comprobantes de retención del impuesto emitidos por la propia institución en su calidad de Agente de Retención que acrediten el pago del impuesto. Se acompañaran también las copias de las correspondientes declaraciones por retenciones en la fuente del IVA y del impuesto a la renta. Una vez solicitada la devolución por un periodo determinado no se aceptarán nuevas peticiones respecto a ese mismo periodo, salvo el caso de declaraciones sustitutivas por retención del IVA para incorporar las facturas no incluidas en la primera solicitud. Que dentro del reclamo se presentó todos y cada uno de los comprobantes de percepción del IVA, facturas, órdenes de pago, declaraciones anexos y demás documentos correspondientes al mes de marzo de 2004, con lo que se demuestra haber cumplido con la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento de aplicación. Con lo expuesto tanto en los antecedentes como en los fundamentos de hecho y de derechos, solicita se ordene a la Dirección del Servicio de Rentas Internas, emita la respectiva nota de crédito por el valor de ochenta y ocho dólares con noventa y cinco centavos (\$ 88,95), por concepto al impuesto del valor agregado, por las compras realizadas en el mes de marzo de 2004. La cuantía de la presente acción la señala en la suma de ochenta y ocho dólares con noventa y cinco centavos (\$ 88,95), más los intereses que determina el Art. 21 del Código Tributario. Calificación de la demanda. Sorteada la causa le correspondió su conocimiento y trámite a la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1, según sorteo de 28 de febrero de 2005 (fs. 16). La Sala mediante auto de 11 de marzo de 2005 califica y acepta la demanda por reunir los requisitos formales y dispone citar con la misma al Director General del Servicio de Rentas Internas, para que lo conteste en el término de veinte días, conforme a lo previsto en el Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Adicionalmente se notifique con esta providencia al Procurador General del Estado de acuerdo al Art. 6 de la misma Ley. Se agregue al proceso los documentos que se adjuntan y el comprobante que acredita haber cancelado la tasa judicial. Se tenga en cuenta el casillero judicial señalado para notificaciones y la facultad que confiere a su abogado defensor, así como la calidad con la que comparece, según como lo acreditan con los nombramientos adjuntos. Contestación a la demanda. El doctor Diego Pino Roditti, ofreciendo poder o ratificación de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, contesta la demanda de conformidad con el Art. 259 de Código Tributario (de ese entonces) en los siguientes términos. Que, mediante resolución nro. 117062004RDEV-0000 (sic) de 15 de junio de 2004, expedida por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte aceptó parcialmente la devolución disponiendo el reintegro de \$ 105.481,18, negando por tanto la devolución de \$ 88,95. Posteriormente con escrito de 12 de junio de 2004, el actor presentó recurso de revisión contra la resolución antes indicada, el mismo que

fue declarado improcedente mediante providencia nro. 917012004RREV000772 de 17 de enero de 2005, disponiendo el archivo del mismo, por cuanto dicha resolución no adolece de errores de hecho ni de derecho, además de que el recurso no cumplía con las causales para la revisión prevista en el Art. 139 el Código Tributario (anterior); por lo que defiende la validez de la mencionada providencia en base a las siguientes excepciones; 1. Los actos administrativos tributarios, así como las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse, conforme lo dispuesto en los Arts. 82 y 144 del Código Tributario, puesto que fueron emitidos conforme a derecho en armonía con el ordenamiento jurídico, así como es necesario reconocer la capacidad que tiene la Administración para obtener el cumplimiento de sus propios actos. 2. Que, el recurso de revisión es extraordinario, por lo que, es facultad de la Administración iniciar o no un recurso de revisión; pues tanto la doctrina como la H. Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) han insistido sobre el carácter especial y extraordinario del recurso de revisión que lo diferencia del reclamo y del extinto recurso de reposición; así pues existen dos grupos fundamentales de recursos administrativos; ordinarios y extraordinarios. Esta distinción se funda en la motivación de los mismos y en la firmeza del acto recurrido, así en los primeros la motivación es de orden genérico y se dan contra resoluciones que no son firmes, en tanto que en los extraordinarios sus causas están exclusivamente señaladas y sirven para fundamentar el recurso, y, proceden contra resoluciones firmes. Este carácter especial del recurso de revisión es lo que le diferencia del recurso de reposición, pues aquél no es aplicable en cualquier caso, siendo facultad de la Administración, determinar si procede o no su trámite. Así la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración ha confirmado el carácter extraordinario del recurso de revisión y potestativo de la Administración Tributaria; así por ejemplo, el fallo de 3-XII-2002 (Resolución nro. 70-2000, R.O. 53, 2-IV-2003); fallos nros. 121-98; 07-2000; 78-98; 156-98, entre otros. Igualmente el art. 139 del Código Tributario contempla con claridad los casos en que procede el recurso de revisión, lo que le otorga su carácter extraordinario, de ahí que al no encontrarse recogido el presente caso dentro de aquellos tasados por la legislación, no procedía el mencionado recurso, puesto que no se produce el presupuesto contemplado en el inciso 1 del mencionado artículo. 3. El ordenamiento jurídico reconoce a favor de los organismos y entidades del sector público, la devolución del Impuesto al Valor Agregado, efectivamente pagado, previa presentación de los documentos de respaldo, los mismos que deben ajustarse a determinados requisitos legales. Que de conformidad con lo establecido en los artículos 69-B y 149 de la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento de aplicación (vigentes a esa fecha) respectivamente, manifiestan, que la devolución del impuesto al valor agregado, pagados por los organismos y entidades del Sector

Público, procede cuando se cumplen con los requisitos previstos para el efecto. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver el IVA pagado, contra la presentación formal de la declaración del representante legal de la Institución, que deberá acompañar las copias de las facturas en las que desglose el IVA. En el caso de deficiencias de las facturas se aceptará como justificativo del crédito tributario, los originales o copias de los comprobantes de retención de este impuesto emitidos por la propia institución en calidad de agente de retención que acredite fehacientemente el pago del impuesto. De acuerdo con la normativa legal, una vez que el Gobierno Municipal de Santo Domingo, en la solicitud de devolución del IVA remitió varios documentos como sustento, la Administración Tributaria procedió al análisis y estableció que conforme a derecho era posible la devolución de USD 105.481,18, negando la devolución de USD 88,95, por no haber sido debidamente justificado. Cabe también señalar que de conformidad con el Reglamento de Comprobantes de Ventas y Retención, establece que no toda factura o comprobante de venta puede tenerse como válido, si no cumple con los requisitos exigidos. Igualmente el Art. 63 de la LRTI señala que, los sujetos pasivos del IVA tienen la obligación de emitir y entregar al adquirente del bien o al beneficiario del servicio facturas, boletas o notas de venta, según el caso, por las operaciones que efectúe, en conformidad con el Reglamento. Se ha determinado que en varios comprobantes, se han omitido requisitos fundamentales para que proceda la devolución del impuesto, lo que conlleva a que tales documentos no puedan ser considerados como comprobantes válidos, para obtener la devolución solicitada, por tanto la Administración Tributaria procedió a negarla. Que al respeto (**sic**) de los comprobantes, este asunto ha sido corroborado por la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) en los siguientes fallos 180-2003 de 29 de abril de 2004; 67-2003 de 21 de abril de 2004; y, 102-2002 de 13 de octubre de 2003. 4. El caso no se sujeta a la acción de pago indebido como formula el actor en la demanda, ya que no se trata de aquel ni de pago en exceso, sino que el Municipio de Santo Domingo lo hizo porque nació la obligación tributaria del impuesto por lo que no es pago indebido. Otra cosa es que el pago del IVA en la adquisición local o importación de bienes por las entidades u organismos del sector público, sea devuelto. 5. La petición del actor no es procedente, puesto que la Resolución nro. 1170062004RDEV000013, así como la providencia impugnada, atendieron la petición de devolución del IVA, menos aún niegan devolución de retenciones, por lo que, la demanda es ambigua y no existiendo las supuestas retenciones, no cabe su devolución. 6. Niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, en el actor recae la carga de la prueba; de conformidad con el Art. 273 del Código Tributario (anterior) “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, salvo aquellos que se presumen legalmente. Los hechos negativos deberán ser probados, cuando impliquen

afirmación explícita o implícita, sobre la exención, extinción o modificación de la obligación tributaria". Por lo expuesto, solicita se deseche la demanda presentada por el Gobierno Municipal del Cantón Santo Domingo de los Colorados, por ser ajena a derecho y se confirme el acto administrativo impugnado. Término de prueba. En providencia de 20 de junio de 2005 (fojas 29). El juez de sustanciación dispone se abra la causa a prueba por el término de diez días sobre los hechos controvertidos. Las partes han solicitado la práctica de diligencias y han actuado las pruebas que estimaron necesarias en defensa de sus intereses. La Sala incorpora al proceso todo cuanto de autos les fuere favorable, se tenga en cuenta las peticiones y escritos de prueba presentados así como documentos e instrumentos que se agregan al proceso, los mismos que se tendrán como prueba de los comparecientes, así como las impugnaciones realizadas por las partes (fojas 69). Trabada así la litis y siendo este el estado de la causa, para resolver se considera: **PRIMERO:** La jurisdicción y competencia de la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1, se encuentra asegurada por la materia de que trata y en razón del resorteo realizado el 5 de noviembre de 2009, como consta de la razón sentada por la Secretaria General Encargada; y, la del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 por el mandato de los artículos 220 y 229 de la Codificación del Código Tributario en vigencia, y, por el mandato de los artículos 177 y 178 numeral tres de la Constitución de la República, aprobada en referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el R. O. 449 de 20 de octubre del mismo año. **SEGUNDO:** De la revisión del proceso consta no haberse legitimado la intervención del Procurador Fiscal de la Autoridad demandada doctor Diego Pino Rodetti, por lo demás no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, se han cumplido con las normas del debido proceso, por lo que se declara válido lo actuado. **TERCERO:** Al Juez de la causa le corresponde analizar, calificar y apreciar todo cuanto se relaciona con el proceso en el ámbito de su competencia, permitiendo que el sistema procesal haga efectiva las garantías del debido proceso y que la administración de justicia respete y se ajuste a la Constitución, Instrumentos Internacionales y a la Ley, con el fin de aplicar en forma adecuada y uniforme los principios legales y demás normas jurídicas. Es menester además señalar que para garantizar una decisión acertada del Juez, se debe tomar en cuenta lo manifestado en el Art. 258 del Código Tributario, que trata sobre la carga de la prueba, estableciendo que es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, salvo aquellos que se presumen legalmente...". Se ha determinado que la controversia radica en la impugnación y defensa de la validez de un acto administrativo expedido por la Administración Tributaria, cuyo pago indebido es invocado por el actor en razón de haber sido retenidos valores excesivamente en concepto de impuesto al valor agregado. Por su parte la Autoridad demandada defiende la validez del acto administrativo impugnado, como es el caso de la provi-

dencia nro. 917012004RREV000772 de 17 de enero de 2005, así las partes han entregado documentación que sustentan sus asertos, esto es copias simples de las facturas y providencia (fojas 5 y 30 a 32), los mismos que han sido presentados dentro de los cánones legales establecidos por la Ley. **CUARTO:** Esta situación ha inducido a la Sala a que proceda a una revisión pormenorizada, no solo del contenido de la documentación, sino también de las actuaciones previas de la Administración y consecuentemente, de la prueba rendida, de cuyo resultado se desprende que no existe motivo de nulidad de los actos administrativos por vicios incurridos en la expedición de los mismos, esto hace necesario verificar la prueba rendida por la parte actora, esto es las copias simples de las facturas que demuestran el pago del IVA reclamado. La parte demandada ha demostrado que se ha devuelto al Gobierno Municipal del Cantón Santo Domingo, la cantidad de \$ 105.481,18, negando la devolución de \$ 88,95 por parte de la Administración, en concepto de IVA por el mes de marzo del 2004. De las facturas presentadas se desprende que la nro. 0000649 tiene fecha de 12 de diciembre de 2003, esto es anterior al período retenido, (marzo-2004) cuyo IVA es de \$ 52,80. Las facturas nros. 0552433 de fecha 05/03/2004 y 0000101 de fecha 19/03/2004, con IVA de \$2,26 y \$33,90, respectivamente, se refieren al período del IVA retenido y cumplen con los requisitos de la Ley de RTI y Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. **QUINTO:** El actor no ha demostrado que tiene derecho a todo lo reclamado, esto es el valor de \$ 88,95, puesto que la factura nro. 000649 no corresponde al período que se reclama, por lo que le corresponde la cantidad de \$ 36,16 que constituye el IVA efectivo de las dos facturas. Al considerarse que la carga de la prueba es una variante de la carga procesal, esta influye en el juzgador, orientándolo como debe decidir cuando no aparecen claramente demostrados los hechos controvertidos en el proceso, debiendo su procedimiento influir en contra de la parte sobre la cual ella pesa. Igualmente, para la devolución del IVA, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece que en caso de deficiencias de las facturas, se acepten como justificativo del crédito tributario, los originales o copias de los comprobantes de retención de este impuesto emitidos por la propia Institución en calidad de agentes de retención. No se ha demostrado que el IVA pagado en facturas sea de \$ 88,95, por tanto lo que debió reclamarse es la cantidad de \$ 36,16, que es a la que efectivamente tiene derecho. En atención a todo lo expuesto y sin más consideraciones, la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta parcialmente la demanda de impugnación en contra de la providencia nro. 917012004RREV000772 y su antecedente la Resolución nro. 117062004RDEV000013, propuesta por el Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal del cantón Santo Domingo de los Colorados (hoy de los Sáchilas), en contra

del Director General del SRI, y, se dispone se devuelva la cantidad de USD 36,16 en calidad de IVA, más los intereses respectivos, que corresponden a las facturas nros. 0552433 y 0000101, establecidas en los considerandos Cuarto y Quinto de esta sentencia. Sin costas. **Notifíquese.**

f) Dr. Gonzalo Moncayo Jiménez, Juez Presidente. Dr. Guillermo Hurtado Viteri, Juez. Dr. Wilson Cárdenas Vásquez, Conjuez.

RECURSO DE CASACIÓN

Nro. 204-2011

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, a 10 de enero de 2013. Las 09h20.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución nro. 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 Arts. 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. **1.- ANTECEDENTES. 1.1.-** El Director General del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 6 de mayo de 2011, expedida por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 de Quito, dentro del juicio de Impugnación nro. 17504-2005-22917, propuesto por el señor Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Santo Domingo. Concedido el recurso, el mismo no ha sido contestado; 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 han sido infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 69B y 62 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la época de petición de devolución de IVA, así como el artículo 18 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. Como fundamentos a la causal que invoca expone: **a)** Que existe falta de aplicación de ciertas normas, de las cuales se desprende que, el contribuyente efectivamente como dispone la ley, tenía derecho a que se le reconozca lo que constituye el llamado crédito tributario, sin embargo de lo cual, para que ello ocurra, se debió cumplir con ciertos requisitos que la norma expresamente define en los sustentos de dicho crédito, uno de ellos, que el comprobante contenga el nombre del contribuyente que supuestamente ha cancelado los valores reclamados, y por otra parte que dichos documentos de sustento no contengan tachones o enmendaduras que pueden confundir la información suscrita en el documento de respaldo; **b)** Que la no sustentabilidad de ciertos comprobantes por falta de requisitos es expresa, y no se puede distinguir dichos

requisitos, unos de otros, como se lo ha hecho en el presente caso, que de un comprobante no se acepta sustento a favor del contribuyente por no ser del ejercicio que se exige, pero otro sí se acepta porque le faltó el nombre del contribuyente que está requiriendo el reintegro del crédito tributario. Es decir, el criterio respecto de la legalidad de la exigencia de los requisitos debe ser generalizado, pues es necesario mantener un margen de seguridad jurídica respecto del cumplimiento de formalidades; **c)** Que no se puede minimizar una exigencia prevista en la ley, esto es, todas las facturas y comprobantes entregados deben contener los datos exactos, entre otros los requisitos determinados precisamente en el Art.18 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención ya que, no son normas secundarias que vayan en desmedro del espíritu de la Ley, sino por el contrario, cumplen a cabalidad con su propósito. Concluida la tramitación de la causa y pedidos los autos para resolver, se considera: **2.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. 2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. **2.2.- Determinación del problema jurídico a resolver:** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia impugnada por el recurrente tiene sustento legal y para ello, es necesario determinar lo siguiente: ¿La sentencia del Tribunal A quo, incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente haberse infringido los artículos 69B y 62 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la época de petición de devolución de IVA, así como el artículo 18 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención? **3.- 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.-** Planteado el problema, esta Sala Especializada formula las siguientes consideraciones: a) En lo que respecta al primer problema jurídico antes mencionado, analizadas las piezas procesales, se observa que la sentencia recurrida, acepta parcialmente la demanda de impugnación en contra de la Providencia nro. 917012004RREV000772. Con esta decisión, la Sala de instancia deja sin efecto parcialmente la Providencia por la cual la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas declara improcedente el recurso de revisión insinuado por la parte actora. Al respecto es preciso indicar lo que disponen tanto el Art. 143 del Código Tributario, que dice a la letra: *“Art. 143.- El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central (...) tienen la facultad extraordinaria de iniciar, de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o*

jurídica, que sea legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, un proceso de revisión de tales actos o resoluciones que adolezcan de errores de hecho o de derecho (...)” (el resaltado nos pertenece), así como el Art. 144 del mismo Código, el cual determina el modo de cómo será tramitado este recurso, señalando que insinuado o iniciado un recurso de revisión, la autoridad competente, en este caso, el Director General del Servicio de Rentas Internas, previo informe del Departamento Jurídico, si lo hubiere, o de un abogado designado para el efecto, “dispondrá la instauración de un expediente sumario con notificación a los interesados, siempre y cuando se trate de cuestiones que requieran de la presentación o actuación de pruebas. Si el recurso se refiere a cuestiones de puro derecho, no se requerirá la apertura del referido expediente sumario. El sumario concluirá dentro del término fijado por la administración tributaria el cual no será menor a cinco días ni mayor a veinte días, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que disponía la administración o las que presenten o soliciten los interesados.” De lo anotado, esta Sala observa que el Tribunal A quo debía dejar sin efecto la providencia emitida por la máxima autoridad de la Administración Tributaria y ordenar que ésta, dé trámite al recurso de revisión insinuado por la actora, cumpliendo, como era su deber, con el precedente jurisprudencial obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 25 de noviembre de 2009 publicado en el Registro Oficial nro. 93 de 22 de los mismos mes y año; **b)** De lo analizado en líneas precedentes, esta Sala en virtud del control de legalidad previsto en el Art. 273 del Código Tributario y en aras de preservar las garantías del debido proceso, contempladas en el Art. 76 de la Constitución de la República, las cuales son propias no sólo de los procesos judiciales sino también de los procedimientos administrativos, concluye que la sentencia impugnada, ha violado el Art. 144 del Código Tributario ya citado, y la amplia jurisprudencia existente sobre el tema y que ha sido elevada a precedente jurisprudencial obligatorio, mediante Resolución de 25 de noviembre de 2009 publicado en el Registro Oficial No. 93 de 22 de los mismos mes y año, particular que debe ser corregido por esta Sala. **4.- DECISIÓN.** En mérito de estas consideraciones, y en aplicación del precedente jurisprudencial anotado, por haberse violado las normas del Código Tributario que constan en este fallo, esta 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,** expide la siguiente: **SENTENCIA.-** Casa la sentencia dictada por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 de Quito el 6 de mayo de 2011 y ordena que el Director General del Servicio de Rentas Internas de trámite al recurso de revisión insinuado por los señores Kléver Paz y Miño Flores; y, Homero Merino Báez en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Santo Domingo de los Colorados. **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.**

que y Devuélvase.

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

II

Juicio nro. 308-2011

Juicio propuesto por Mario Giovanni Altamirano Larrea contra el Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia rechaza el recurso incoado al establecerse la correcta aplicación de las norma en el proceso administrativo previo a la clausura. El recurrente nunca estuvo en indefensión. Se ha dado cumplimiento, por parte de la Administración Tributaria, al debido proceso.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juez Ponente: Dr. Teodoro Pozo Illingworth.

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 3 CON SEDE EN CUENCA. Cuenca, 20 de junio del 2011. Las 11h00.

VISTOS: El señor MARIO GIOVANNY ALTAMIRANO LARREA, con Registro Único de Contribuyentes nro. 0102615499001, comparece ante este Tribunal y demanda a quien “...ostenta la calidad de Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas”, por la resolución de clausura nro. RAU-INFRCN11-000040, emitida y notificada el día 01 de junio del 2011, pidiendo que se declare “la invalidez, la ineficacia, se deje sin efecto y se de, de baja”, tal acto administrativo, y se condene en costas “...a la Administración Tributaria... y/o directamente a la persona responsable de este acto administrativo ilegal, el cual es nulo de nulidad absoluta...”. Para respaldar su pretensión, como “fundamentos de hecho y de derecho de ésta demanda de impugnación...”, señala: “Con fecha 01 de junio de 2011, he recibido por parte de la Administración Tributaria la RESOLUCIÓN DE CLAUSURA signada como nro. RAU-INFRCN11-000040 oficio remitido en mi lugar de trabajo, es decir en la prenombrada dirección. Oficio mediante el cual se me hace conocer que la Administración Tributaria procederá a la clausura del local comercial indicado anteriormente, clausura en contra de la Ley y el debido proceso, clausura para el día 2 de junio de 2011. Al respecto debo manifestar que esta medida es injusta desde todo punto de vista, por el motivo que **no he recibo (sic) hasta la presente fecha el documento signando como “Preventiva de Sanción”, desconociendo si la Administración lo ha realizado o**

no, es decir en otros términos se está alterando mi **legítimo derecho constitucional a la legítima defensa**. No se me ha notificado de conformidad con el art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva... Por lo expuesto anteriormente la Administración Tributaria **no puede ni debe** proceder a la clausura de la sociedad jurídica de nombre "Taller Prince Shoes", con registro único de contribuyentes nro. 0102615499001". Cita a continuación la disposición general séptima de la Ley para la Reforma a las Finanzas Públicas; indica las normas que señalan la competencia del Tribunal para conocer y resolver el caso que plantea; y, señala que, "... la Ex Corte Suprema de Justicia hoy llamada Corte Nacional de Justicia también se ha manifestado aclarando que la falta de notificación produce la ineficacia del acto administrativo, no su nulidad". Continúa el escrito y bajo el título de "**PETICIÓN**", el actor dice que con lo que ha manifestado y con fundamento en el art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, "Ratificada a través del Registro Oficial nro. 0452 de 27 de octubre de 1997, publicada en el Registro Oficial del Ecuador nro. 0801 del 6 de agosto de 1984 art. 11 numerales 1, 2, 4, art. 66 numeral 23, art. 82 de la Constitución vigente a la presente fecha. Art. 220, numerales 1 y 2 del Código Tributario y demás normativa vigente y aplicable a la especie...", impugna la indicada resolución de clausura, "Impugnación de conformidad con el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva...", argumentos con los que formula la petición concreta que antes se ha indicado; señala la autoridad demandada y el lugar para su citación; pide que se cuente con el Delegado de la Procuraduría General del Estado; fija como indeterminada la cuantía; concede autorización suficiente a sus abogados defensores para que individual o conjuntamente lo representen en este juicio; y señala casilla judicial para las notificaciones que correspondan. A fojas 7 del expediente, consta la providencia que el señor Juez de sustanciación dicta el día 03 de junio del 2011, aceptando a trámite la demanda de conformidad con lo ordenado en la disposición general séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento nro. 181, de 30 de abril de 1999, en relación con los artículos 222 y 231 del Código Tributario, disponiendo que se cite a la Autoridad de la que proviene la Resolución demandada, para que conteste la demanda en el término de 72 horas remitiendo a este Tribunal el expediente administrativo y las pruebas que considere pertinentes. Acto de procedimiento que cumple el señor Secretario Relator el día 07 de junio del 2011, conforme consta de la razón que obra a fojas 8 de los autos. A fojas 9, consta el oficio nro. RAU-JUROGE11-00047, con el que el doctor Manolo Rodas B., acreditando su calidad de Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas con el nombramiento que acompaña, designa a la doctora TATIANA LOYOLA OCHOA, como Procuradora para que intervenga en este juicio. De fojas 25 a 27 vuelta, del expediente, consta el escrito de contestación en el que la Procuradora, principalmente dice: 1. Que: "La Administración Tributaria con fecha 21 de

marzo de 2011, a las 12h03 notificó... con la Notificación Preventiva de Sanción nro. RAU-CBAOPSNZ11-001195, en la cual informaba al contribuyente que se encontraba omiso de presentar el anexo relación de dependencia año 2010. En virtud de dicha omisión, se le concedió al Contribuyente el término de 10 días hábiles para que de cumplimiento a la obligación que se había indicado o justifique su incumplimiento, so pena de ejercer la facultad sancionadora contenida en la disposición general séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, que permite a la Administración Tributaria imponer la sanción de clausura en casos como el descrito. "Hay que señalar que los diez días que tenía el Contribuyente para declarar o justificar vencieron el cuatro de abril del 2011, y posteriormente el 01 de junio de 2011, es decir cuando ya había pasado en exceso el tiempo otorgado en la notificación preventiva de sanción y no habiendo el contribuyente presentado el anexo relación de dependencia 2010, la Administración Tributaria procede a emitir resolución de clausura número RAU-INFRC-LN11-000040...". Frente a las afirmaciones del actor en el sentido de que no ha recibido el documento denominado "Preventiva de Sanción", la Procuradora de la Autoridad demandada hace la siguiente precisión: "...dicha afirmación es completamente diferente a la realidad tanto es así que conforme se desprende de la documentación que adjunto vendrá a su conocimiento que con fecha 25 de marzo del presente año, el contribuyente presenta un oficio en el que manifiesta que debido a su calidad de artesano calificado no está obligado a llevar contabilidad y que por lo tanto no tiene la obligación de presentar anexos, comunicación esta que fue debidamente contestada mediante oficio nro. 1010120110GTR000827, de fecha 01 de abril de 2011 en el que se establece: "...le informamos que revisada la información que reposa en nuestras bases de datos se evidenció que usted estaba obligado a llevar contabilidad hasta el 26 de agosto de 2010 y adicionalmente reporta retenciones e información de empleados en el mencionado período económico", por lo tanto no se puede decir por parte del actor que no se ha producido la notificación en los términos del art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a la vez que tampoco se puede señalar que no tenía la obligación de presentar el anexo relación de dependencia 2010". Continúa la Procuradora indicando que la clausura ordenada no se cumplió "...por cuanto el contribuyente presentó la correspondiente impugnación ante el Tribunal Distrital...", y concluye este punto señalando que "...el actor fundamenta su petición en una serie de disposiciones legales sin establecer la pertinencia o la razón de ser por la cual la actuación de la administración tributaria es ilegal". La Procuradora, reproduce a continuación la disposición general séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, señalando luego que la Administración respetó la indicada norma para proceder a la clausura del establecimiento del contribuyente ALTAMIRANO LARREA MARIO GIOVANNY, quien "...no cumplió con su obligación de presentar el Anexo Relación de Dependencia 2010". Concluye su escrito deduciendo como excepción la improcedencia de la acción, solicitando que se declare en

sentencia la legitimidad de lo actuado por la Administración Tributaria. Anexa a su exposición, como pruebas en su favor, varios documentos, principalmente el expediente administrativo que sirvió de antecedente de la Resolución. Con la providencia del día 10 de junio del 2011 que consta a fojas 28, se declara concluido el trámite procesal sumario y se manda que de acuerdo a lo establecido en la disposición general séptima de la Ley de Reforma para las Finanzas Públicas, pasen los autos a la Sala para que sean resueltos. Siendo éste el estado de la causa, para resolverla el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en Cuenca, considera:

PRIMERO: Que en virtud de lo que se dispone en los artículos 217 y 220, acción 8.ª de la Codificación del Código Tributario, en relación con la disposición general séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, en la parte que dice: *“Los tribunales distritales de lo fiscal resolverán, en el plazo máximo de diez (10) días, las impugnaciones a las resoluciones de clausura que imponga la Administración Tributaria. La resolución de los tribunales distritales de lo fiscal se dictará sobre la base del expediente formado por la Administración y de las pruebas que presente el sujeto pasivo al impugnar la clausura”* y por lo establecido en la Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal es competente para conocer y resolver la acción que le ha sido puesta a su decisión. **SEGUNDO:** Que el proceso es válido por haberse-lo tramitado de conformidad con la Ley y sin omisiones que pudieran afectarlo. **TERCERO:** Que la personería de las partes se encuentra justificada: la del actor que actúa por sus propios derechos; la de la Autoridad demandada con la copia de la Resolución que obra a fojas 10; y la de Procuradora con el nombramiento que consta a fojas 9 de los autos. **CUARTO:** El actor señala que la clausura que ha recibido es *“...injusta desde todo punto de vista por el motivo que **no he recibido (sic) hasta la presente fecha el documento** signado como “Preventiva de Sanción”, desconociendo si la Administración lo ha realizado o no, es decir en otros términos se esta alterando mi **legítima derecho constitucional a la legítima defensa. (sic)** No se me ha notificado de conformidad con el art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva... Por lo expuesto anteriormente la Administración Tributaria **no puede ni debe proceder a la clausura de la sociedad jurídica de nombre “Taller Prince Shoes”, con Registro Único de Contribuyentes nro. 0102615499001”, con lo que pretende señalar que al no haber tenido conocimiento de la existencia de la notificación preventiva de sanción, el acto de clausura ordenado es ineficaz. Pero esta aseveración, no ha sido demostrada por el actor en el proceso, a sabiendas de que es obligación de él probar el hecho que aduce como argumento fundamental de su demanda, así como las afirmaciones que hace en contra de lo actuado por la Administración. Por el contrario, la Procuradora de Autoridad Tributaria, en el escrito de contestación a la demanda, indica que el contribuyente fue legítimamente advertido con la notificación preventiva de sanción nro. RAU-CBAOPSNZ11-001195, el día 21 de marzo del 2011, lo que demuestra presentando como prueba tanto***

la copia del indicado documento que consta a fojas 11, como la de la “RAZÓN DE NOTIFICACIÓN”, que obra de fojas 12, con lo que justifica que el contribuyente si recibió el documento “Preventiva de Sanción” que ahora, en la demanda, dice desconocer; más aún, la Procuradora presenta el documento que el propio Contribuyente suscribe, (fojas 13), con fecha *“Cuenca, 25 de marzo del 2011”*, o sea, tres días después de haber recibido la indicada “Preventiva...”, dirigido a la *“Econ. Viviana Zaldúa Vélez JEFE DEL DEPARTAMENTO DE GESTIÓN TRIBUTARIA REGIONAL AUSTRO SERVICIO DE RENTAS INTERNAS”*, diciéndole: *“De mis consideraciones: MARIO GIOVANNY ALTAMIRANO LARREA, con RUC 0102615499001, dando contestación a **oficio nro. RAU-CBAOPSNZ11-001195**, debo indicar que...”*, (las negrillas y el subrayado son de la Sala), con lo que queda en evidencia que conoció el documento denominado “Preventiva de Sanción”, puesto que lo contesta repitiendo su número como referencia, lo cual constituye prueba irrefutable de la Administración sobre lo que indica en el considerando nro. 7 de la Resolución que el actor impugna, (fojas 16 vuelta) y del conocimiento que de ello tuvo el contribuyente, lo que convierte en falso el argumento que el actor expone en la demanda en el sentido de no haber recibido *“...hasta la presente fecha el documento signado como “Preventiva de Sanción, desconociendo si la Administración lo ha realizado o no...”*, falsedad por la que se llama la atención al Contribuyente y a sus abogados patrocinadores. El argumento de no haber sido notificado de conformidad con el art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no merece mayor comentario, puesto que se trata de un cuerpo normativo que incumbe a la esfera del poder ejecutivo y regula la estructura, funcionamiento y procedimiento de sus dependencias, pero que, por lo previsto en el Art. 14 del Código Tributario, relativo a las normas supletorias, no es aplicable en el campo tributario, que tiene un régimen jurídico propio, conformado por leyes y reglamentos especializados, en los que se prevé y regula el instituto de la notificación, consecuentemente, lo aseverado por el actor no tiene importancia puesto que pretende, para el acto de notificación que se aplique indebidamente otro cuerpo legal, ajeno al propio de la materia tributaria. **QUINTO:** Por lo indicado en los considerandos anteriores, habiéndose demostrado la falsedad del argumento expuesto por el actor para pedir la invalidez de la resolución de clausura nro. RAU-INFRCLN11-000040, esto es, que habiéndose probado la existencia de la notificación preventiva de sanción nro. RAU-CBAOPSNZ11-001195, y el conocimiento que de ella tuvo Contribuyente (**sic**) el día 21 de marzo del 2011, se colige que los diez días de plazo que la Administración concedió al Contribuyente para que entregue la documentación requerida, desde esa fecha, hasta la de la Resolución sancionatoria, 01 de junio del 2011, transcurrieron en exceso, sin que el ahora actor haya presentado lo que se le pidió y sin que haya justificado las razones de su incumplimiento; esta falta y su sanción, se encuentran señaladas en la disposición general

séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento nro. 181, de 30 de abril de 1999, que dice: “**SÉPTIMA: Para el fiel cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, se establecen los siguientes instrumentos de carácter general para el efectivo control de los contribuyentes y las recaudaciones: a) Clausura. La clausura es el acto administrativo de carácter reglado e impugnabile, mediante el cual el Director del Servicio de Rentas Internas, por sí o mediante delegación, clausura los establecimientos de los sujetos pasivos, cuando estos se hallen incurso en cualesquiera de los siguientes casos: i) Falta de declaración, por parte de los sujetos pasivos, en las fechas y plazos establecidos para el efecto, aún cuando en la declaración no se cause impuestos; ii) No proporcionar la información requerida por la Administración Tributaria, en las condiciones que pueda proporcionar el contribuyente; iii) No entregar los comprobantes de venta o entregarlos sin que cumplan los requisitos legales o reglamentarios. La clausura, que no podrá ser sustituida con sanciones pecuniarias, se aplicará sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. b) Procedimiento de clausura. Para los casos determinados en los números i) y ii) del literal a) de esta disposición, la Administración Tributaria notificará al sujeto pasivo concediéndole el plazo de diez (10) días para que cumpla las obligaciones tributarias en mora o justifique objetivamente su incumplimiento; de no hacerlo, la Administración Tributaria procederá a imponer la sanción de clausura por el plazo de siete (7) días, previa la notificación con la imposición de la sanción de clausura que será ejecutada en el plazo de un día (1) (sic) contado desde la fecha de notificación”, la norma continúa señalando procedimientos que no interesan para el caso que tratamos; pero, tanto el concepto y el procedimiento establecidos en la norma transcrita, son los que ha aplicado la Administración en la resolución de clausura que se impugna, sin que el actor haya demostrado lo contrario. **SEXTO:** Resumiendo lo dicho en los considerandos anteriores y por las constancias procesales, el Tribunal concluye: a) Que la Administración notificó al contribuyente con la notificación preventiva de sanción nro. RAU-CBAOPS-NZ11-001195, concediéndole el plazo de diez días para que cumpla las obligaciones tributarias que se le pedían o justifique objetivamente su incumplimiento. b) Que el actor no presentó los anexos requeridos dentro del indicado plazo, ni con posterioridad; incumplimiento por el que, de acuerdo a la disposición general transcrita, la Administración estaba obligada a imponer la clausura. c) Que, el funcionario competente ha actuado de acuerdo al mandato del literal b) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de Las Finanzas Públicas. Por todo lo expuesto, el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en Cuenca, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, rechaza la demanda propuesta por el señor MA-**

RIO GIOVANNY ALTAMIRANO LARREA, en contra del señor Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas y declara la validez y legitimidad del acto impugnado, esto es de la **Resolución de Clausura nro. RAU-INFR-CLN11-000040** de los establecimientos de propiedad del actor, emitida con fecha 01 de junio del 2011. Sin costas ni honorarios que regular. **Hágase saber.**

f) **Dr. Marco Tobar Solano, Juez. Dr. Rodrigo Patiño Ledesma, Juez. Dr. Teodoro Pozo Illingworth, Juez Ponente.**

RECURSO DE CASACIÓN

Número 308-2011

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, a 21 de febrero de 2013. Las 09h10.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución n.º 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 Arts. 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. **1.- ANTECEDENTES: 1.1.-** El señor Mario Giovanni Altamirano Larrea, interpone recurso de hecho, tras haber sido negado el recurso de casación puesto en contra de la sentencia notificada el 20 de junio de 2011, expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 3, con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio de Impugnación nro. 65-11. **1.2.-** El recurrente, señala que funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Indica que las normas de derecho que han sido infringidas son: los Arts. 10, 11 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a la presente fecha; y Art. 103 numerales 1 y 6 del Código Tributario vigente a la fecha. Sostiene que los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Fiscal n.º 3 con sede en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, fundamentan su fallo teniendo por base el expediente, que sobre el caso se ha formado en la Administración Tributaria, y el mismo ha sido adjuntado a la litis. Que la base para que la Sala A quo “se manifieste, en el sentido que he recibido la Preventiva de Sanción es únicamente; y no hay en que mas fundamentarse o apoyarse, es en la razón de notificación que consta dentro del proceso, documento en el cual se consigna los datos del mismo” (sic). Sostiene que su derecho a la defensa ha sido violado, y en consecuencia la Administración Tributaria ha violado los derechos consagrados en el Art. 10, Art. 11 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador, conjuntamente con el Art. 103 numerales 1 y 6 del Código

Tributario vigente a la fecha. Violación con relación, entre otras cosas, a los deberes sustanciales de la administración tributaria en el sentido de notificar los actos y las resoluciones que expida a los sujetos pasivos de la obligación tributaria, es decir, en la especie que nos ocupa, esto lamentablemente no se ha cumplido. **1.3.-** Concedido el recurso y pedidos los autos para resolver, se considera: **2.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. 2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. **2.2.- Determinación del problema jurídico a resolver:** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia impugnada por el recurrente tiene sustento legal y para ello es necesario determinar lo siguiente: **A)** ¿La sentencia del Tribunal A que incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación al supuestamente haber sido infringidos los Arts. 10, 11 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a la presente fecha; y Art. 103 numerales 1 y 6 del Código Tributario vigente a la fecha?. **3.- 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 la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto 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.-** Esta Sala Especializada formula la siguiente consideración **A)** Respecto al problema planteado, la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, establece: “*Ira. 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 en su parte dispositiva*”. Sobre el tema, es importante señalar lo manifestado por el Doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro *La Casación Civil* en el Ecuador que textualmente indica: “*La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante en su parte resolutive. Sobre el tema la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho: Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al Tribunal de Casación examinar a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente*”. En cuanto a la causal anotada, hay que señalar que entraña el análisis de tres formas diferentes de infracción del derecho, correspondientes al error en judicando o error en juicio, las cuales se constituyen

en tres 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 sustancial 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*”. **B)** Al respecto, la Sala manifiesta que, para el análisis de la sentencia recurrida, tenemos que, la Sala juzgadora en su fallo ha señalado que: “*...a) Que la Administración notificó al contribuyente con la Notificación Preventiva de Sanción N° RAU-CBAOPSNZ11-001195, concediéndole el plazo de diez días para que cumpla las obligaciones tributarias que se le pedían o justifique objetivamente su incumplimiento. b) Que el actor no presentó los anexos requeridos dentro del indicado plazo, ni con posterioridad; incumplimiento por el que, de acuerdo a la Disposición General Transcrita, la Administración estaba obligada a imponer la clausura. c) Que, el funcionario competente ha actuado de acuerdo al mandato del literal b) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas...*”. En atención a lo dicho, esta Sala expone lo que manifiestan los Arts. 362, 363 del Código Tributario, 20 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, literal ii) del literal a) y literal b) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas que a la letra dicen: “*Art. 362. Competencia. La acción para perseguir y sancionar las contravenciones y faltas reglamentarias, es también pública, y se ejerce por los funcionarios que tienen competencia para ordenar la realización o verificación de actos de determinación de obligación tributaria, o para resolver reclamos de los contribuyentes o responsables. Podrá tener como antecedente, el conocimiento y comprobación de la misma Autoridad, con ocasión del ejercicio de sus funciones, o por denuncia que podrá hacerla cualquier persona.*” “*Art. 363. Siempre que el funcionario competente para imponer sanciones descubriere la comisión de una contravención o falta reglamentaria, o tuviere conocimiento de ellas por denuncia o en cualquier otra forma, tomará las medidas que fueren del caso para su comprobación, y mediante un procedimiento sumario con notificación previa al presunto infractor, concediéndole el término de cinco días para que ejerza su defensa y practique todas las pruebas de descargo pertinentes a la infracción. Concluido el término probatorio y sin más trámite, dictará resolución en la que impondrá la sanción que corresponda o la absolución en su caso.*” “*Art. 20.- INFORMACIÓN. Las entidades del sector público, las sociedades, las organizaciones privadas, las instituciones financieras y las organizaciones del sector financiero popular y solidario y las personas naturales estarán obligadas a proporcionar al Servicio de Rentas Internas toda la información que*

requiere para el cumplimiento de sus labores de determinación, recaudación y control tributario.” “SÉPTIMA.- Para el fiel cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, se establecen los siguientes instrumentos de carácter general para el efectivo control de los contribuyentes y las recaudaciones: a) Clausura.- *La clausura es el acto administrativo de carácter reglado e impugnabile, mediante el cual el Director del Servicio de Rentas Internas, por sí o mediante delegación, clausura los establecimientos de los sujetos pasivos, cuando éstos se hallen incurso en cualesquiera de los siguientes casos: (...) ii) No proporcionar la información requerida por la Administración Tributaria, en las condiciones que pueda proporcionar el contribuyente; (...) b) Procedimiento de Clausura.- Para los casos determinados en los numerales i) y ii) del literal a) de esta disposición, la Administración Tributaria notificará al sujeto pasivo concediéndole el plazo de diez (10) días para que cumpla las obligaciones tributarias en mora o justifique objetivamente su incumplimiento; de no hacerlo, la Administración Tributaria procederá a imponer la sanción de clausura por el plazo de siete (7) días, previa la notificación con la imposición de la sanción de clausura, que será ejecutada en el plazo de un (1) día contado desde la fecha de notificación.*” (El subrayado es de la Sala). De la revisión del expediente de instancia se evidencia que la Preventiva de Sanción No. RAU-CBAOPSNZ11-001195 fue legalmente notificada al contribuyente con fecha 22 de marzo de 2011 y que el mismo tenía conocimiento de tal documento ya que con trámite No. 101012011004994 de 28 de marzo de 2011 el hoy recurrente da contestación a la referida Preventiva, razón por la que, esta Sala Especializada no considera que se haya violado el derecho a la defensa en el proceso previo a la emisión de la Resolución de Clausura No. RAU-INFRCLN11-000040 ya que la Administración ha ceñido su actuación a la normativa aplicable para el caso, y que ha sido anotada en líneas precedentes. Por lo manifestado, esta Sala concluye que la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal n.º 3 con sede en Cuenca, aplicó correctamente la normativa relacionada al caso y que motivó debidamente su sentencia tan es así que la misma se encuentra acorde lo establecen los principios legales referidos. 4.- **DECISIÓN.** 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,** expide la siguiente: **SENTENCIA.** Rechaza el recurso interpuesto y ordena que la Administración Tributaria proceda a ejecutar la Resolución de Clausura No. RAU-INFRCLN11-000040. Sin costas. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

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



III

Juicio nro. 2003-20746

Juicio de impugnación del acto administrativo, propuesto por COPPA & PI INMOBILIARIA S.A. contra el Servicio de Rentas Internas.

SÍNTESIS:

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia concluye, que la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en Quito, ha violado la normativa de los Arts. 70 y 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, por lo que se ha configurado una errónea interpretación del Art. 115 (anterior 110) del Código Tributario por lo que la Preventiva de Sanción, materia del presente proceso, no constituye un acto determinativo de obligación tributaria por lo que no es susceptible de impugnación o reclamo y no era más que un acto de simple administración; mal pudo la Administración Tributaria darle el tratamiento de un Reclamo Administrativo, por lo que el Oficio No. 117012003OREC004189 se encuentra debidamente fundamentado y emitido.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL nro. 1, PRIMERA SALA. Quito, jueves 3 de febrero del 2011. Las 15h51.

VISTOS: El doctor Alejandro Ponce Martínez, Presidente y representante legal de COPPA & PI INMOBILIARIA S.A., comparece ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 y presenta demanda de impugnación contra el acto administrativo constante en el oficio nro. 117012003OREC004189 de 9 de mayo de 2003, “mediante el cual el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte ha decidido inhibirse de conocer el reclamo administrativo presentado por la Compañía que representa”. Señala como antecedente que el 22 de noviembre de 2002, a la Compañía que representa se le notificó la denominada “Notificación Preventiva de Sanción nro. 17-GT-00003948” enviada por el ingeniero Raúl Martínez, Gestión Tributaria, Servicio de Rentas Internas, mediante la cual se pretendía que su representada se hallaba omisa en el cumplimiento de la presentación de declaraciones del impuesto al valor agregado y de retenciones en la fuente por el período comprendido entre enero de 1997 hasta septiembre de 2000, en cuanto al IVA y de enero a agosto de 2000, en cuanto a retenciones en la fuente del impuesto a la renta. Que además se le exigía a su representada que compareciera para supuestamente actualizar información en el registro único de contribuyentes respecto a “referencias

incompletas de representante legal". Que el 29 de noviembre de 2002, su representada presentó la correspondiente reclamación ante el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, sosteniendo que se hallaba prescrita la posibilidad de iniciar, cualquier acción para el juzgamiento de supuestas contravenciones cometidas hasta el 22 de noviembre de 1999. Que de igual modo, se expresó que no cabía que se inicie procedimiento alguno por cuanto con relación al IVA no se había producido ningún hecho generador y, por ello, no cabía que se sancionara por el incumplimiento de un deber inexistente. De la misma manera, se impugnó el acto administrativo mencionado por cuanto su representada no había pagado ni acreditado en cuenta durante los ocho primeros meses de 2000 ninguna cantidad de dinero, y, por ello, no tenía obligación de retener ni de declarar retención alguna por impuesto a la renta. Por último, señala que se reclamó porque el propio SRI tenía la información completa, desde la constitución de la Compañía, acerca del hecho de que el compareciente era y continúa siendo el representante legal de COPPA & PI INMOBILIARIAS S.A. Por otra parte señala que la Resolución impugnada sostiene que no se pueden presentar reclamos administrativos sino solo contra actos que establezcan obligaciones pecuniarias y, por ello, se inhibe de resolver sobre el fondo del reclamo. Que es evidente de toda evidencia que tal afirmación del Director Regional del Servicio de Rentas Internas viola el principio constitucional del artículo 196 de la Carta Fundamental en cuya virtud todos los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, pueden ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determine la Ley. Por ello, obviamente, que adicionalmente, el administrado tiene la facultad de recurrir anticipadamente al propio órgano administrativo para reclamar por un acto administrativo que viole la ley. Por ello, el acto constante en el oficio de 9 de mayo de 2003, objeto de esta demanda de impugnación, viola directamente tanto el artículo 110 del Código Tributario que permite presentar reclamaciones ante la autoridad administrativa, cuanto el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que obliga a la administración a resolver sobre toda petición de los administrados. Adicionalmente, no puede procederse a iniciar ningún trámite administrativo tendiente a una eventual sanción, como lo ha resuelto el Director Regional del Servicio de Rentas Internas, cuando ya ha prescrito la posibilidad de hacerlo o cuando, como en este caso, se ha cumplido con la exigencia, inclusive ilegal, de presentar declaraciones, y cuando ya, sin proceso administrativo alguno, se ha llegado a sancionar a la Empresa que representó que por más de doce meses no pudo facturar por haberlo prohibido arbitrariamente el Servicio de Rentas Internas. En consecuencia, era deber del Director Regional del Servicio de Rentas Internas resolver sobre la resolución administrativa y declarar que no había lugar al inicio de ningún procedimiento tendiente a establecer una sanción. En

virtud de estos antecedentes y de los fundamentos de hecho y de derecho señalados, pide a la Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1, dejar sin efecto el acto administrativo constante en el oficio de 9 de mayo de 2003 y declarar que no hay lugar a que se inicie ningún procedimiento para imponer sanción a la compañía que representa, tanto en virtud de la prescripción cuanto en razón de que no está obligada a presentar declaración alguna cuando, por último, luego de haber sido sancionado sin resolución de ningún tipo, presentó las declaraciones ilegalmente exigidas. Por sorteo legal efectuado el 12 de junio de 2003, ha correspondido el conocimiento y resolución de la causa a esta Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 de Quito, conforme obra de la correspondiente razón que corre de fojas 67 de los autos. Mediante providencia de 9 de julio de 2003 el Magistrado de Sustanciación, califica y admite a trámite la demanda, disponiendo citar con la misma a la Directora General del Servicio de Rentas Internas y notificar al Procurador General del Estado. De las razones del Actuario que corren de fojas 67 vuelta y 68, se observa el cumplimiento de lo ordenado. A fojas 74 comparece el doctor Juan Carlos Peñafiel Revelo, ofreciendo poder o ratificación de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, dando contestación a la demanda. Señala como antecedente que el 22 de noviembre de 2002 se notifica a COPPA & INMOBILIARIA S.A., con la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 mediante la cual se le informa que se encuentra omiso de la declaración y pago de las obligaciones tributarias correspondientes al IVA mensual desde 1997 hasta agosto de 2000 y declaraciones de retenciones en la fuente del impuesto a la renta de enero a agosto de 2000. Adicionalmente se le informa que debe actualizar el RUC así como que la fecha de caducidad de la autorización para facturar ha expirado. Que el 29 de noviembre de 2002 el Contribuyente deduce reclamo administrativo en contra del documento precitado, el cual es negado por la Autoridad Tributaria mediante oficio nro. 117012003OREC00-189. Por no encontrarse conforme, el Contribuyente impugna el oficio precitado ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal. Con estos antecedentes, plantea las siguientes excepciones: Que la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 no es un acto determinativo de obligación tributaria y por lo tanto no es susceptible de reclamo. Al efecto sostiene que una vez notificado con la "Notificación Preventiva de Sanción" el contribuyente tenía la obligación jurídica de dar cumplimiento a lo que ésta le solicitaba o de lo contrario, como la misma expresa, justificar objetivamente su incumplimiento. Sin embargo, el Contribuyente interpuso un reclamo administrativo en contra de este acto, sin considerar que el artículo 110 del Código Tributario limita los casos con respecto a los cuales se puede interponer reclamo administrativo a los actos determinativos de obligación tributaria. Que la notificación preventiva de sanción se emitió con el objetivo de facilitar la actividad controladora y recaudadora de la Administración y haciendo uso de la facultad a ella asignada conforme los artículos 2 numeral

9 y 20 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, mas no se emitió para determinar la obligación tributaria del contribuyente. Es decir, es un acto de gestión, que constituye un pronunciamiento de la Administración que tiene por fin recopilar información relacionada al control tributario; de tal forma, no constituye un acto determinativo de obligación tributaria. Asegura que no se ha violado el artículo 196 de la Constitución Política del Estado, ni el artículo 110 del Código Tributario, como tampoco se ha violado el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; pues, el oficio nro. 1170120030REC004189 emitido por el Director Regional del Norte es totalmente válido, en cuanto reconoce que el acto con respecto al cual se interpuso un reclamo no constituye un acto determinativo de obligación tributaria y por lo tanto no es susceptible de impugnación o reclamo. Que en el caso de que la Sala rechace la excepción anteriormente expresada, de modo subsidiario o pone la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, puesto que la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 es legal y válida y el contribuyente está obligado a cumplir lo que aquella dispone; al efecto cita los artículos 2, 9 y 20 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas y la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas. Con los fundamentos expuestos en la contestación a la demanda, solicita a la Sala que declare la total improcedencia de la demanda propuesta por el actor, y que se reconozca la validez y legalidad de la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 y se conmine al Contribuyente a cumplir lo que aquella dispone. Dispuesto el término de prueba se han proveído las diligencias probatorias solicitadas por las partes. Con escrito de 17 de septiembre de 2003, la Directora General del Servicio de Rentas Internas, ratifica y aprueba la intervención realizada a su nombre por el doctor Juan Carlos Peñafiel Revelo. Concluido el trámite, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 con sede en Quito, es competente para conocer y resolver la presente controversia por ser de naturaleza tributaria, y por haberle correspondido en razón del sorteo de ley realizado el 5 de noviembre de 2003. **SEGUNDO:** En la tramitación de la causa se ha observado el procedimiento establecido para esta clase de procesos sin que se haya omitido formalidad sustancial alguna que pudiera configurar su nulidad; las partes han legitimado su intervención; consecuentemente, el proceso es válido. **TERCERO:** De autos se observa a fojas 178 la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 emitida por el ingeniero Raúl Martínez, Funcionario de Gestión Tributaria del Servicio de Rentas Internas. En el referido documento a la letra consta lo siguiente: “La Administración Tributaria luego de analizar y revisar sus bases de datos, ha determinado objetiva y sustentablemente que se encuentra en mora de declaración y pago de las siguientes obligaciones tributarias...”; “En consecuencia, se le concede el plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación del presente documento,

para que de cumplimiento a las obligaciones antes indicadas o justifique objetivamente su incumplimiento, bajo prevención de clausura de los establecimientos de su propiedad, conforme lo dispuesto en la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 181 del 30 de abril de 1999. Esta sanción se aplicará sin perjuicio de las acciones penales que correspondan, de llegarse a configurar el delito de defraudación previsto en el numeral 1 del Art. 183 del Código Tributario, en caso de tratarse de impuestos retenidos o percibidos que no hayan sido depositados oportunamente en las arcas fiscales”. El texto transcrito, conllevan evidentemente, la declaración de la Administración de que respecto al contribuyente COPPA & PI INMOBILIARIA S.A., se produjo el hecho generador o hechos generadores del impuesto al valor agregado IVA en todos los meses del año 1997; 1998 y 1999; y en los meses de enero a septiembre del año 2000; y, que efectuó retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta en los meses de enero a agosto del año 2000, conforme se observa del cuadro inserto en el documento llamado notificación preventiva de sanción y por ende, el contribuyente, según la Administración tributaria, tenía la obligación de declarar el IVA en los períodos señalados y las retenciones en la fuente del impuesto a la renta en los meses señalados del año 2000. Sobre este tema verificación de una declaración la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en el fallo de casación dictado en el recurso nro. 98-2007, ha sentado el criterio de que el contenido de esta notificación preventiva se adecua al segundo evento (verificación de una declaración), previsto en el artículo 115 del Código Tributario, siendo este tipo de notificación “susceptible de reclamación al tenor de lo dispuesto en el artículo 115 del Código Tributario”; añadiendo: “La argumentación de la Administración Tributaria de que tales requerimientos constituyen actos de simple administración no tiene sustento si se atiende a la definición que el artículo 70 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (aplicable a las actuaciones de las administraciones tributarias centrales en silencio de las normas tributarias) según la cual tales actos “son toda declaración unilateral interna o ínter orgánica...”, elemento conceptual que no existe en las notificaciones objeto de análisis pues las mismas no están dirigidas a otro órgano o administración pública sino al contribuyente o administrado”. **CUARTO:** El documento llamado “Notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948”, objeto de la controversia, expresamente dispone: “En consecuencia, se le concede el plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación del presente documento, para que de cumplimiento a las obligaciones antes indicadas o justifique objetivamente su incumplimiento, bajo prevención de clausura de los establecimientos de su propiedad, conforme lo dispuesto en la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 181 del 30 de abril de 1999”. Es evidente, que no está

dirigida a otro órgano o administración pública sino al contribuyente o administrado COPPA & PI INMOBILIARIA S.A.; por tanto, susceptible de reclamación al tenor de lo dispuesto en artículo 115 del Código Tributario. De fojas 182 a 188 de los autos, obra en copia certificada el reclamo administrativo que el representante legal de la compañía destinataria de la notificación preventiva de sanción COPPA & PI INMOBILIARIA S.A., formula, con fecha 29 de noviembre de 2002, ante el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, dentro del tiempo previsto en la notificación preventiva de sanción. Es preciso advertir, que el documento en cuestión, le conmina al contribuyente a dar cumplimiento a las obligaciones indicadas, o a justificar objetivamente su incumplimiento. Examinado el reclamo, se observan las siguientes argumentaciones de carácter legal con las que el contribuyente justifica objetivamente, el porqué de no haber presentado las declaraciones que se le conmina hacerlo. Así: “3. De conformidad con el Art. 59 de la Ley de Régimen Tributario Interno el hecho generador del IVA se causa en el momento en que se realiza el acto o se suscribe el contrato que tenga por objeto transferir el dominio de los bienes o la prestación de los servicios, hecho por el cual se debe emitir obligatoriamente la respectiva factura, nota o boleta de venta. En consecuencia, si no hay hecho generador, no existe IVA”. “Según el Art. 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno, las sociedades que habitualmente efectúen transferencias de bienes gravados con una tarifa o las sociedades que habitualmente presten servicios gravados con una tarifa, **(sic)** son agentes de percepción del IVA y, como tales, sujetos pasivos del impuesto. Según el art. 66, los sujetos pasivos del IVA esto es, los agentes de percepción, deben presentar mensualmente “una declaración por las operaciones gravadas con el impuesto, realizadas dentro del mes calendario inmediato anterior, en la forma y plazos que se establezca en el reglamento” y desde la reforma constante en el art. 5 de la Ley nro. 98, promulgada en el Registro Oficial nro. 31 de 22 de septiembre de 1998 “los sujetos pasivos que exclusivamente transfieran bienes o presten servicios gravados con tarifa cero o no gravados, presentarán una declaración semestral de dichas transferencias”. Por consiguiente, para que exista la obligación de presentar bien la declaración mensual o bien la declaración semestral, es necesario que bien en el mes anterior o bien en el semestre anterior, hayan existido ventas o prestación de servicios gravados con tarifa 10% o 12%, según la época, o con tarifa 0% o no gravados. Pero la Ley no exige que quienes no tienen actividad deban también presentar declaración del IVA”. Asevera la contribuyente que la Compañía no realizó en esa época ni operaciones gravadas con tarifa 10%, 14% o 12%, ni tampoco con tarifa 0%, ni aún siquiera operaciones no gravadas, por lo que no existía obligación alguna de presentar tales declaraciones pues, la Ley es muy clara con respecto a cuándo el sujeto pasivo del IVA debe presentar la declaración y, en su caso, pagar el IVA. Por consiguiente, reitera que no puede iniciarse procedimiento alguno con el fin de tratar de imponer sanción alguna

por la supuesta omisión del deber formal inexistente de presentar declaraciones del IVA durante ese período. **QUINTO:** El artículo 259 del Código Tributario, en su inciso segundo, impone expresamente, que sobre los hechos, actos y resoluciones de la administración, que hayan sido impugnados por el contribuyente, corresponde a la administración la prueba de los hechos y actos del contribuyente, de los que se concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía. En la especie, ninguna prueba a presentado la Administración Tributaria para demostrar que se produjo el hecho generador o hechos generadores del impuesto al valor agregado IVA en todos los meses del año 1997; 1998 y 1999; y en los meses de enero a septiembre del año 2000; y, que la Compañía, efectuó retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta en los meses de enero a agosto del año 2000. Esta carencia de prueba que le correspondía a la Administración Tributaria, lleva a la Sala a la conclusión de que la “Notificación Preventiva de Sanción nro. 17-GT-00003948, carece de sustento fáctico y no tiene ningún sustento legal ni reglamentario; pues, la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 181 del 30 de abril de 1999 en que se fundamenta la Administración, es aplicable, a los contribuyentes respecto de quienes se haya producido el hecho generador del tributo, llámase impuesto a la renta, IVA, retenciones en la fuente, pero no para quienes no realizaron actos, hechos o contratos de los que se concluya la existencia de obligación tributaria alguna. Por otra parte, a pedido de la Administración constante en el acápite CUARTO del escrito de prueba que corre de fojas 85 de los autos, proveído mediante providencia de 2 de octubre de 2003, fojas 85 vuelta, la Empresa actora con escrito de 23 de octubre de 2003, incorpora al proceso de fojas 90 a 159, las copias de las declaraciones mensuales de IVA de los años 1997, 1998, 1999 y de enero a septiembre de 2000; y, las declaraciones de retenciones en la fuente del impuesto a la renta de enero a agosto de 2000, de las que se observa que efectivamente la Compañía no generó ventas ni prestó servicios gravados con tarifa 10% o 12%, según la época, o con tarifa 0% o no gravados; sin embargo, luego de la actuación de la Administración se vio obligada a presentar las declaraciones exigidas; consecuentemente, el supuesto incumplimiento al que se condiciona la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 ha sido observada por el contribuyente COPPA & PI INMOBILIARIA S.A. En razón de lo expuesto, y sin que sea necesaria ninguna otra consideración, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 1 con sede en Quito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta la demanda formulada por el doctor Alejandro Ponce Martínez, Presidente y representante legal de COPPA & PI INMOBILIARIA S.A., conforme se desprende la copia certificada **(sic)** del nombramiento de Presidente de la Compañía que corre de fojas 175 de los autos, dejando sin efecto

ni valor legal alguno, tanto el oficio de 9 de mayo de 2003 emitido por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte, cuanto la notificación preventiva de sanción nro. 17-GT-00003948 emitida por el ingeniero Raúl Martínez, funcionario de Gestión Tributaria, del Servicio de Rentas Internas; debiendo abstenerse la Administración Tributaria de iniciar procedimiento alguno para imponer sanción a la Compañía por las supuestas omisiones de obligaciones formales de declarar el IVA por todos los meses del año 1997; 1998 y 1999; y en los meses de enero a septiembre del año 2000; y, por retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta en los meses de enero a agosto del año 2000. Sin costas. **Notifíquese.**

f) **Dr. Rodrigo Garcés Moreano, Juez Presidente. Dr. Gustavo Benalcázar Subía, Juez. Dr. Fausto Murillo Fierro, Juez.**

RECURSO DE CASACIÓN

N° 80-2011

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. Quito, a 25 de marzo de 2013. Las 09h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución nro. 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 Arts. 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. **1.- ANTECEDENTES. 1.1.-** El Economista Marcelo León Jara, Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia notificada el 04 de febrero de 2011, expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de Impugnación No. 17501-2003-20746. **1.2.-** El recurrente, señala que funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Indica que la norma de derecho que se ha interpretado erróneamente es el Art. 115 (anterior 110) del Código Tributario y ha existido falta de aplicación del numeral i) del literal a) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (Ley 99-24). Sostiene que la Notificación Preventiva de Sanción no fue emitida para determinar una obligación tributaria, ni por existir una estimación de oficio, una liquidación y tampoco constituye una verificación de declaración, toda vez que las declaraciones cuya presentación constituía una obligación tributaria de la empresa, al momento de la notificación de dicho documento no habían sido presentadas, en base a lo cual mal se podía realizar una verificación de las mismas.

Que la antes mencionada Preventiva es un acto de gestión que constituye un pronunciamiento de la Administración Tributaria que tiene por objeto efectuar un control del efectivo cumplimiento de los deberes formales del contribuyente; razón por la que dicho documento no ha producido efectos jurídicos individuales ni directos, al contrario de los efectos que generaría un acto administrativo. Que el acto administrativo impugnado sería la resolución de clausura o resolución sancionatoria, más no el acto preparatorio denominado Notificación Preventiva de Sanción, el mismo cuyo objeto es: prevenir al contribuyente de un incumplimiento y las posibles consecuencias del mismo, tal y como su nombre lo indica; por lo que, la impugnación de dicho documento en vía administrativa e incluso en vía judicial no es pertinente, siendo el oficio No. 117012003OREC0189 legal y la actuación de la Administración se encuentra debidamente fundamentada y apegada a derecho. Que en el presente caso la Administración no se encontraba obligada a probar hechos relacionados con la determinación de la obligación tributaria, el hecho generador, ni su cuantía; ya que la Administración se encontraba en el ejercicio de su facultad sancionadora y no determinadora; y, tal como lo establece el numeral i) del literal a) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, la presentación de declaraciones debe realizarse de manera obligatoria, aún sin registrar valores ni impuesto a pagar. **1.3.-** Concedido el recurso de casación, la parte actora lo ha contestado fuera de término. Pedidos los autos para resolver, se considera. **2.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. 2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. **2.2.- Determinación del problema jurídico a resolver:** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia impugnada por el recurrente tiene sustento legal y para ello es necesario determinar lo siguiente: **A) ¿La sentencia del Tribunal A quo incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación al existir una errónea interpretación del Art. 115 (anterior 110) del Código Tributario; y falta de aplicación del numeral i) del literal a) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (Ley 99-24)?** **3.- 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 o auto 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.-** Esta Sala Especializada formula la siguiente consideración **A) Respecto al problema planteado, la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, establece: "Ira. 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 en su parte dispositiva". Respecto a lo anotado, es importante señalar lo manifestado por el Doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro *La Casación Civil en el Ecuador* que textualmente indica: "La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante en su parte resolutoria. Sobre el tema la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho: Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al Tribunal de Casación examinar a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente". En cuanto a la causal anotada, hay que señalar que entraña el análisis de tres formas diferentes de infracción del derecho, correspondientes al error in judicando o error en juicio, las cuales se constituyen en tres 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 sustancial 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". B) Al respecto, la Sala manifiesta que, para el análisis de la sentencia recurrida, tenemos que, la Sala juzgadora en su fallo ha señalado que: "...El artículo 259 del Código Tributario, en su inciso segundo, impone expresamente, que sobre los hechos, actos y resoluciones de la administración, impugnados por el contribuyente, corresponde a la administración la prueba de los hechos y actos del contribuyente, de los que se concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía. En la especie, ninguna prueba ha presentado la administración tributaria para demostrar que se produjo el hecho generador o hechos generadores del Impuesto al Valor Agregado IVA en todos los meses del año 1997; 1998 y 1999; y en los meses de enero a septiembre del año 2000; y, que la Compañía, efectuó retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta en los meses de enero a agosto del año 2000. Esta carencia de prueba que le correspondía a la Administración Tributaria, lleva a la Sala a la conclusión de que la "Notificación Preventiva de Sanción N° 17-GT-00003948, carece de sustento fáctico y no tiene ningún sustento legal ni reglamentario; pues, la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en

el Suplemento del Registro Oficial N° 181 del 30 de abril de 1999 en que se fundamenta la Administración, es aplicable, a los contribuyentes respecto de quienes se haya producido el hecho generador del tributo, llámese impuesto a la renta, IVA, retenciones en la fuente, pero no para quienes no realizaron actos, hechos o contratos de los que se concluya la existencia de obligación tributaria alguna. Por otra parte a pedido de la Administración constante en el acápite CUARTO del escrito de prueba que corre de fojas 85 de los autos, proveído mediante providencia de 2 de octubre de 2003, fojas 85 vuelta, la empresa actora con escrito de 23 de octubre de 2003, incorpora al proceso de fojas 90 a 159, las copias de las declaraciones mensuales de IVA de los años 1997, 1998, 1999 y de enero a septiembre de 2000; y de las declaraciones de retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta de enero a agosto de 2000, de las que se observa que efectivamente no generó ventas ni prestó servicios gravados con tarifa 10% o 12%, según la época, o con tarifa 0% o no gravados; sin embargo, luego de la actuación de la administración se vio obligada a presentar las declaraciones exigidas; consecuentemente, el supuesto incumplimiento al que se condiciona la Notificación Preventiva de Sanción N° 17-GT-00003948 ha sido observado por el contribuyente...". En atención a lo dicho, esta Sala expone lo que manifiesta el Art. 110 del Código Tributario vigente para el caso; y los Arts. 70 y 74 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, supletoria en el tema tributario por disposición del Art. 14 del Código Tributario, a la letra dicen: "Art. 110.- Reclamantes.- Los contribuyentes, responsables o terceros que se creyeran afectados, en todo o en parte, por un acto determinativo de obligación tributaria, por verificación de una declaración, estimación de oficio o liquidación, podrán presentar su reclamo ante la autoridad de la que emane el acto, dentro del plazo de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación respectiva.", "Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN. Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.", "Art. 74. IMPUGNACIÓN. Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo." (el subrayado es de la Sala). De la revisión del expediente de instancia se evidencia que la Preventiva de Sanción No. 17-GT-00003948, antecedente del Oficio No. 117012003OREC004189 de 09 de mayo de 2003, no constituye un acto determinativo de obligación tributaria por lo que no es susceptible de impugnación o reclamo, tal Preventiva de Sanción constituye en sí un acto de simple administración en los términos de los Arts. 70 y 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, por lo que se ha configurado una errónea

interpretación del Art. 115 (anterior 110) del Código Tributario ya que al no ser la Preventiva de Sanción precitada, un acto susceptible de impugnación o reclamo, mal pudo la Administración Tributaria darle el tratamiento de un Reclamo Administrativo, por lo que el Oficio No. 117012003OREC004189 se encuentra debidamente fundamentado y emitido. Con los antecedentes expuestos en el literal b) numeral 3.2 acápite III de la presente resolución, esta Sala concluye que la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en Quito, ha violado la normativa enunciada; y se ha configurado la causal alegada por el recurrente. **4.- DECISIÓN.** 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**, expide la siguiente: **SENTENCIA.** Casa la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en Quito el 03 de febrero de 2011 y se desecha la demanda interpuesta por el Doctor Alejandro Ponce Martínez, Presidente y Representante Legal de COPPA & PI INMOBILIARIA, de conformidad con lo detallado en el literal b) numeral 3.2 acápite III de la presente sentencia. Sin costas. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

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



IV

Juicio nro. 87-2011

Acción de impugnación presentada por el señor Dr. Germánico Horacio González Abad, en contra del Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas.

SÍNTESIS:

El Tribunal de Casación estima improcedente el recurso interpuesto por la Administración Tributaria. La motivación no es un requisito de carácter formal sino es un elemento de fondo e indispensable que debe contenerse en todo acto de la administración pública. Se constituye en un controlador de la discrecionalidad de los funcionarios y empleados públicos.

PRIMERA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Rodrigo Patiño Ledesma.

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL NRO. 3 CON SEDE EN CUENCA. Cuenca 18 de enero de 2012. Las 10h30.

VISTOS: El señor Dr. **GERMÁNICO HORACIO GONZÁLEZ ABAD**, por sus propios derechos comparece y deduce demanda de impugnación de la Resolución nro. 101012011RREC002285 de fecha 19 de mayo de 2011, en la que la Administración niega el reclamo administrativo formulado por el accionante, y confirma el contenido de la resolución sancionatoria por falta reglamentaria nro. 01200110500221 de fecha 28 de enero de 2011. Sustenta su pretensión en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho: **1.** Que, la sanción se ha impuesto **“violentando principios jurídicos aplicables al ejercicio de la facultad sancionadora, lo que conlleva a que la resolución me cause perjuicio. Es principio tanto del Derecho Penal como del Tributario el de la proporcionalidad, que impone la obligación del juzgador de infracciones de establecer en todos los casos sanciones que guarden proporción debida en relación al daño causado con la conducta sancionada; este principio incluso ha sido recogido en la norma constitucional, en la que también consta expresamente que en caso de duda sobre las sanciones, se aplicará la más favorable a la persona infractora. Lo dicho hace que sea necesario, en todo proceso sancionatorio, incluido el que se me siguió por el cometimiento de la falta reglamentaria, el respeto de este principio fundamental en virtud del cual, debe establecerse en primer lugar cuál es el daño causado al Estado o la Administración Tributaria con la conducta infractora, para luego establecer una sanción que se compadezca con dicho daño, en otras palabras, que haya proporcionalidad entre la pena a imponerse –o impuesta– con el daño que con mi conducta infractora – el cometimiento de la falta reglamentaria, he causado”.** **2.-** Que la Administración Tributaria le impone una sanción de **“...UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sin que en la resolución por falta reglamentaria que ahora impugno se diga nada respecto de las razones por las cuales se me impone la pena máxima aplicable a las faltas reglamentarias, violentando además del principio antes referido, la obligación de la Administración Tributaria de emitir los Actos Administrativos siempre con la debida motivación”.** Cuestionando la falta de señalamiento de la causa por la cual se impone el monto de la multa y no **“...otra cantidad comprendida dentro del rango de posibilidades establecido en la norma?, ya que se me sanciona con la multa más alta, debo entender que daba lo mismo para la Administración Tributaria el haber declarado tardíamente, que el que no hubiera presentado declaración alguna? Pues la razón la desconozco, sencillamente porque no se me la ha indicado en la resolución sancionatoria siendo que la misma por esa razón, carece de la motivación suficiente que permita defenderme de manera adecuada”** Invoca el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, explicando que conforme a esa norma **“...la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución dictada por los poderes públicos, lo que ha sido reconocido ya en varios procesos judiciales”.**

3.- Dice que la Administración "... ha actuado con total discrecionalidad puesto que no establece parámetro alguno en la misma que permita cuantificar el monto de la multa impuesta en relación con el daño causado. Conocido es que el actuar administrativo debe estar apegado a los principios que las normas establezcan para el efecto, pues solamente un actuar en ese sentido impedirá el ejercicio discrecional del poder público", y que el mismo Estado ha establecido "normas tendientes a combatir la discrecionalidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", citando como ejemplo el artículo 2 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública "...principio normativo en virtud del cual las decisiones administrativas deben estar fundamentadas en criterios racionales relacionados con el hecho valorado, y que deben plasmarse en una explicación clara de los motivos por los cuales se toma una y otra decisión, en el caso que nos ocupa, debió motivarse –es decir explicarse– de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se ha tomado la decisión de sancionarme con la multa más alta, conforme lo dispuesto en el Código Tributario respecto de la motivación del Acto Administrativo, y del art. 5 del Reglamento antes referido" normas que transcribe para señalar que: "...en el presente caso ocurre precisamente que falta de explicación debida sobre los elementos considerados para el establecimiento de la multa, me crean una situación de indefensión pues no se en base de qué criterios se optó por sancionarme por el valor de mil dólares de los Estados Unidos de América; criterios que además deberán cumplir con el criterio de proporcionalidad dispuesto por la Constitución y por el propio Reglamento en cuestión, en el art. 11. Tampoco se tuvo en cuenta la vigencia del principio universal "indubio pro reo", en este caso "indubio pro administrado" que obliga al juzgador a aplicar siempre lo más favorable al infractor. En el presente caso, si bien no cumplí con la obligación de presentar la declaración patrimonial dentro del plazo establecido, cumplí con presentar dicha declaración, aunque sea tardíamente, y sin que la Administración Tributaria hubiera tenido que empezar siquiera proceso alguno, sino por propia iniciativa, por lo que la información que requiere la Administración Tributaria fue entregada, como digo, antes siquiera de que me hubiera notificado con la Preventiva de Sanción, de manera que cumplí con hacerle conocer al Estado mi situación patrimonial, fin perseguido por la declaración patrimonial, consecuentemente, no he causado daño al Estado privándole de conocer mi situación patrimonial personal, de ahí que, debió aplicarse la sanción que resulte más benigna, en concreto, la sanción mínima de treinta dólares por serme ésta la más favorable dado que no se han explicado las razones por las que se ha impuesto la de mil dólares, que es la más alta, lo que hace pensar en que dicha decisión ha sido enteramente discrecional". 4. Respecto de la resolución que absolviendo su reclamo confirma la multa impuesta

dice que "...adolece de la misma falta de motivación, en esta resolución de los numerales 1 al 20 no son más que copia de mi impugnación y de normas, con excepción del numeral 11 en el que hacen referencia a la existencia del sumario por falta reglamentaria en el que se constata que dicho sumario se inició posteriormente a que yo ya cumplí con mi obligación de presentar mi declaración. En el numeral 21 se menciona lo que yo afirmo en mi impugnación y se trata de opinar sobre cada uno de mis argumentos, pero igual no llega a motivar la razón de la dureza de la sanción impuesta. El señor Director del Servicio de Rentas Internas en este numeral 21, literal d) manifiesta que la Administración Tributaria procede a gradar las sanciones pecuniarias que impone en base a los principios de Legalidad, Proporcionalidad, Equidad, Simplicidad, Economía, que los define cada uno, pero no explica en qué forma se aplicaron estos principios para gradar mi sanción, sino más bien termina diciendo que la "discrecionalidad" *reglada es exigencia indeclinable de todo gobierno humano*" pero no explica cómo se aplica esa discrecionalidad a mi caso. En el literal d) en donde se refiere a mi cuestionamiento de por qué no se me ha sancionado con otro valor los 30 y los 1.000 dólares, simplemente manifiesta que "no se ha hecho nada diferente a aplicar la normativa vigente, dentro de los rangos y parámetros establecidos para el efecto por el legislador, además, es importante considerar que la doctrina moderna señala que la transgresión a las normas fiscales, es un ataque al normal desenvolvimiento de la acción estatal y se ha señalado, que dicha situación obliga a no permanecer indiferentes ante dichas transgresiones, en tanto corresponde imponer las sanciones perfectamente establecidas en la normativa pública por encontrarse éstas debidamente aprobadas en un Estado de Derecho", es decir vuelve a no decir nada respecto de por qué se me sanciona con el valor más alto, no se dice nada sobre en qué forma se ejerció la facultad discrecional de la administración para establecer dicha sanción. En el literal e) se manifiesta que el artículo 351 del Código Tributario "no contempla niveles para efectos de aplicar la pena pecuniaria ante una falta reglamentaria, que para el caso el parámetro va desde USD\$ 30,00 hasta USD\$ 1.000,00, por lo que se establece de manera clara la intensidad (SIC) del legislador, de dejar el criterio de la Administración Tributaria la potestad de actuar dentro del rango establecido en la norma...". Parámetro, de acuerdo a la definición constante en el Diccionario de la Real Academia Española es "Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación", sin embargo el señor Director concluye que el legislador ha querido dejar a "criterio" de la Administración utilizar el rango que quiera, pero lamentablemente, tampoco expresa bajo qué criterio es procedente se me sancione con la multa más alta. La conclusión de este literal además de sorprenderme me permite seguir concluyendo en la falta de motivación de esta resolución. En el literal f) el señor

Director quita importancia al criterio judicial emitido en una sentencia que mencioné en la prueba del reclamo administrativo, y que explica con claridad la necesidad de la motivación para la justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, manifestando que el hecho de que la Administración no hubiera casado dicha sentencia, no significa que esté de acuerdo con la misma, mas concluye dicho literal manifestando que *“...lo aportado por el contribuyente es una sentencia que no constituye jurisprudencia, la misma que al no haber sido objeto de un recurso de casación por parte de la Administración Tributaria no quiere decir que la misma sea aceptada, además se debe manifestar que el actuar de la Administración Tributaria al momento de imponer la sanción por falta reglamentaria al contribuyente AYALA GUAMAN AGUSTIN” se ha enmarcado dentro de lo establecido en la normativa tributaria vigente al momento del cometimiento de la falta reglamentaria...”*. Señores Jueces nada tiene que ver lo que la Administración Tributaria haya realizado para sancionar al contribuyente Ayala Guamán Agustín, que tenga relación con el reclamo que yo había planteado”. Cita la sentencia dictada por este Distrital de lo Fiscal en el juicio nro. 36-10, para sustentar los argumentos, y concluye su exposición solicitando que en sentencia *“... se reconozca la falta de motivación legal de las resoluciones impugnadas y por ella su ilegalidad e invalidez.”* Señala la autoridad demandada; fija la cuantía e indica el casillero judicial para futuras notificaciones y autoriza a los profesionales designados para que actúen en su nombre en el trámite de este proceso.- Se acepta a trámite la demanda con providencia del día 17 de junio de 2011, (fojas 17) disponiéndose la citación pertinente a la Autoridad demandada, así como la notificación al señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado. La razón de citación y notificación cumplidas, constan a fojas 18. De fojas 23 y 24 obra la documentación con la que el actor acredita el cumplimiento de la prestación que a título de caución dispone el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, publicada en el Registro Oficial nro. 242 de 29 de diciembre de 2007. El señor Dr. César Augusto Ochoa Balarezo, acreditando su calidad de Director Regional II de la Procuraduría General del Estado, comparece con escrito que obra a fojas 20, justificando su intervención en este proceso con las normas que invoca, y señala casilla judicial para las notificaciones que le correspondan. Mediante oficio nro. RAU-JUR0GEI11-00072 de fecha 27 de junio de 2011, la Autoridad demandada designa a la doctora Rosa Fajardo Mosquera, como su Procuradora para que intervenga en el proceso (fojas 26).- El escrito de contestación a la demanda que presenta la Procuradora designada corre de fojas 35 y 36, en él se manifiesta lo siguiente; 1. Que: **“Conforme se desprende tanto de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria nro. 0120100500221, como de la Resolución signada con el nro. 101012011RREC002285 hoy impugnadas, la Administración Tributaria en los considerandos establecidos en las mismas, fundamenta**

sin lugar a dudas la procedencia de la emisión de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria así como de la resolución emitida en el Reclamo Administrativo confirmando la misma, antecedentes que brevemente me voy a permitir repetir a efectos de demostrar el correcto actuar de la Administración y por ende la no procedencia de esta demanda”. Sostiene que el demandante *“...según lo establecido en el Art. 69 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con la resolución nro. NAC-DGER2008-1510 debía presentar la Declaración relativa a su patrimonio al 1 de enero del 2010, hasta el día 24 de marzo del año 2010... revisada la Base de Datos que mantiene la Administración Tributaria, se verificó que el impugnante presentó su Declaración Patrimonial en fecha 19 de agosto del año 2010, es decir fuera del plazo previsto por las normas transcritas en líneas anteriores, conforme se probará en la etapa procesal correspondiente. La Administración Tributaria en cumplimiento de lo establecido en el art. 363 del Código Tributario, notifica con fecha 3 de diciembre de 2010 al hoy demandante con el INICIO DE SUMARIO POR FALTA REGLAMENTARIA NRO. RAU-INFOIFC 10-00527, concediéndole el plazo de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación para que en ejercicio de su derecho a la defensa, pueda presentar las pruebas de descargo que considere pertinentes para justificar las presunciones del cometimiento de la falta reglamentaria, plazo en el que el actor no justificó el incumplimiento.”* Y que el actor *“...incumplió el plazo máximo de presentación de la mentada Declaración Patrimonial, ...si la norma establece plazos y fija fechas máximas de vencimiento para el cumplimiento de la presentación de la Declaración Patrimonial (en el caso que nos ocupa), ésta debe ser observada y acatada, esta inobservancia por parte del hoy actor, falta que incluso es reconocida por el propio actor cuando en el escrito de su demanda manifiesta: “...si bien no cumplí con la obligación de presentar la declaración patrimonial dentro del plazo establecido, cumplí con presentar dicha declaración aunque sea tardíamente...”*, y que se tradujo en la comisión de una falta reglamentaria, infracción que fue sancionada por la Administración Tributaria siguiendo los procedimientos legales previstos, esto es el Art. 363 del Código Tributario”, explica que *“...la Administración no se ha apartado de lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226; ...así como de lo que el artículo 103 del Código Tributario en su numeral 1) Establece ...Quedando así demostrado Señores Jueces la correcta actuación de la Administración Tributaria, frente a la inobservancia de las normas por parte del hoy actor, pues ésta ha sido legítima y apegada a derecho y se han aplicado todas las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias”*. 2.- Refiriéndose a la demanda dice que el actor *“... basa su impugnación en los considerandos establecidos en la Resolución nro. 101012011004394, tal como me*

permiso transcribir textualmente: “Luego, la Resolución nro. 101012011004394 de fecha 19 de mayo de 2011, notificada el 20 de mayo de 2011 adolece de la misma falta de motivación de la resolución Sancionatoria impugnada, en esta Resolución de los numerales 1 a 20 no son más que copia de mi impugnación y de normas...”, (la negrita es nuestra), párrafo en el que en su totalidad el actor continúa haciendo una transcripción detallada de todos los considerandos de la misma, resolución cuyos observados, transcritos y argumentados considerados nada tienen que ver con la materia de la litis que nos ocupa en esta demanda, la resolución impugnada Señores Jueces tal como pueden verificar del libelo de la demanda es la signada con el nro. 101012011RREC002285, por lo que la referencia expresa a la resolución nro. 101012011004394, y todas las alegaciones con respecto a la misma no tiene cabida alguna en el caso que nos ocupa, particular que solicito se considere al momento de emitir sentencia. Es necesario recalcar Señores Jueces que la Administración ha actuado en estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, debiendo por tanto destacar que la misma norma es la que establece la proporcionalidad con respecto a la actuación –falta reglamentaria– y la sanción –de treinta a mil dólares, puesto que es facultativo de la Administración Tributaria establecer la multa correspondiente, que en el caso hoy impugnado está dentro de los valores establecidos de manera textual en el art. innumerado agregado a continuación del art. 351 del Código Tributario... pues nos encontramos ante una disposición legal que enmarcada en el principio general de legalidad, que regulan las actuaciones entre la Administración y los contribuyentes, ha dejado a criterio de la Administración la imposición de la sanción, es decir nos encontramos ante una discrecionalidad reglada, y la sanción ha sido fijada dentro de los parámetros establecidos que el propio legislador, y en el caso que nos ocupa no se ha hecho nada diferente a aplicar la normativa vigente. Es importante resaltar que la falta reglamentaria no admite ni eximentes ni agravantes, se da por la sola transgresión de la norma, por lo que la sanción establecida está dentro del rango establecido en la norma transcrita en líneas anteriores. La Administración Tributaria ha ejercido sus atribuciones y ha actuado legítimamente al emitir el Acto Administrativo que hoy se encuentra impugnando, indicando con precisión las normas en las que se sustenta el acto, y cómo esas normas son las aplicables a la conducta del infractor, es decir existen los fundamentos de hecho y de derecho, así como la relación y pertinencia de los fundamentos de derecho con los de hecho, dando estricto cumplimiento a lo establecido en el numeral 7 literal del art. 76 de la Constitución de la República, por lo que por todos los fundamentos expuestos a lo largo de esta contestación no cabe la pretensión del actor de que se reconozca la falta de motivación legal de las resoluciones impugnadas y por ella su ilegalidad e invalidez de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria nro. 0120100500221 así como también de la resolución nro. 101012011RREC002285, y así solicito Señores Jueces se de-

clare en sentencia, y al tiempo de rechazar la demanda solicitado se declare la validez de las impugnadas resoluciones.” Concluye su exposición “ratificándose en el contenido de la Resolución Sancionatoria nro. 0120100500221 así como de la resolución signada con el nro. 10101:2011RREC002285, las mismas que gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, en los términos del artículo 82 del Código Tributario, debiendo el actor probar lo contrario, por lo que formulo las siguientes excepciones: -Improcedencia de la acción planteada, por los argumentos establecidos en la presente contestación; -Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho contenidos en el libelo de la demanda.” y pide que además de “**se condene al pago de costas al actor**”. Se acepta a trámite el escrito de contestación a la demanda con providencia del día 21 de julio de 2011. Ha pedido de la Autoridad demandada, se abra la causa a prueba con providencia del día 29 de julio del 2011, (fojas 38 vuelta). En esta etapa, la Procuradora, reproduce lo favorable de autos y la documentación que expresamente señala en su petitorio de prueba y que corresponden a la fecha de la presentación de la Declaración Patrimonial, por parte del contribuyente, a la notificación con el inicio del sumario administrativo y el reconocimiento de la falta cometida por el actor, constante en el escrito de demanda; el actor por su parte reproduce el contenido de la Resolución Sancionatoria, así como el que corresponde a la resolución en la que se niega el reclamo administrativo, solicita que el Tribunal disponga a la Administración, remita el expediente administrativo. Actuación probatoria de las partes que se atienden con providencias de fechas 11 y 15 de agosto de 2011, respectivamente –Con escrito que obra a fojas 77 y en cumplimiento de la disposición del Tribunal, la Procuradora remite copia del expediente administrativo que concluyó con la resolución nro. 10101211RREC002285. Con providencia de 6 de septiembre de 2011 y a requerimiento de la Procuradora de la Autoridad demandada se dispone se eleven los autos a la Sala para su resolución. Siendo éste el estado de la causa, para hacerlo, el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en Cuenca, integrado legalmente con el Conjuer Dr. Jorge Espinosa Campoverde, ante la renuncia del titular Dr. Teodoro Pozo I. realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERA:** Que el Tribunal, en atención a los principios establecidos en los artículos 217; 220 acción 6ª, en conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para conocer y resolver el tema que le ha sido propuesto.- **SEGUNDA:** Que el proceso es válido porque se lo ha tramitado de conformidad con la Ley y sin omisiones que pudieran afectarlo.- **TERCERA:** Que la personería de las partes se halla justificada, la del actor, que comparece por sus propios derechos y la de la Procuradora de la Autoridad demandada, con el nombramiento que consta del oficio de fojas 26. **CUARTA:** La pretensión planteada por la parte actora en este proceso, se orienta a la impugnación de la resolución nro. 101012011RREC002285 de fecha 19 de mayo de 2011, con la que se atiende

negativamente el reclamo que formulara el actor en contra de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria nro. 0120110500221 en la que la Administración Tributaria le impone la multa de USD \$ 1.000,00 considerando que se le ha sancionado **“violentando principios jurídicos aplicables al ejercicio de la facultad sancionadora, lo que conlleva a que la Resolución me cause perjuicio”** como el de la proporcionalidad, **“...que impone la obligación del juzgado de infracciones de establecer en todos los casos sanciones que guarden proporción debida en relación al daño causado con la conducta sancionada.”**, que acto sancionatorio carece de **“la debida motivación”**, pues no se explica **“...cuál es la causa por la cual se me ha sancionado con UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA de multa y no con TREINTA DÓLARES, O CIENTO DÓLARES, O QUINIENTOS? O cualquier otra cantidad comprendida dentro del rango de posibilidades establecido en la norma”**. La Administración, argumenta en tanto, la procedencia de la sanción, y que la resolución emitida es correcta **“...frente a la inobservancia de las normas por parte del hoy actor, pues ésta ha sido legítima y apegada a derecho y se han aplicado todas las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias”**, que por tanto existe debida motivación, aspectos de puro derecho sobre los que deberá pronunciarse la Sala. **4.1.** La resolución nro. 101012011RREC002285 de fecha 19 de mayo de 2011 que se impugna en este proceso, tiene como antecedente la Resolución Sancionatoria nro. 0120110500221 a través de la cual se impuso al contribuyente una multa de mil dólares (USD 1000) por la falta reglamentaria, sanción que motivó el reclamo administrativo del afectado, en el que se solicitó la baja de tal resolución, petición que es negada, razón por la cual el contribuyente deduce la acción contenciosa, materia de este proceso. Alegando que la resolución sancionatoria nada dice **“...respecto de las razones por las cuales se me impone la pena máxima aplicable a las faltas reglamentarias, violentando además del principio antes referido, la obligación de la Administración Tributaria de emitir los Actos Administrativos siempre con la debida motivación”**. Argumentación que obliga al Juzgador a verificar tales actuaciones administrativas, para ejercer el **“control de legalidad”** a que se refiere el inciso 2° del art. 273 de la Codificación del Código Tributario que 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 sufriendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyen a los hechos”**. **4.1.** La facultad sancionadora conforme al mandato del artículo 70 del Código Tributario se ejercerá únicamente en los casos y en la medida prevista en la Ley, y, el mismo cuerpo legal en cuanto a la forma de emisión del acto administrativo establece en el artículo 81 que **“Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Ade-**

más, serán debidamente motivados, enunciándose las normas o principios jurídicos que se hayan fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho y de derecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la Ley.”, disposiciones estas que constituyen desarrollo del principio Constitucional, respecto a que todo acto emanado de los poderes públicos que afecte a las personas, deberá ser motivado, conforme dispone el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de Constitución Política, que dice **“Las resoluciones de los poderes públicos, deberán ser motivadas. No habrá tal 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 consideran nulos”**. La obligación, o deber de motivar las resoluciones prevista en la Constitución Política de la República, es una necesidad básica para hacer posible las garantías del debido proceso, pues solamente cuando la Administración motive sus decisiones con absoluta claridad, y haga conocer la lógica de sus razonamientos, estará cumpliendo con el **“Debido Proceso”** y, permitiendo que el contribuyente conozca y advierta el criterio de la Administración para aceptarlo, o para impugnarlo si lo considera apartado de la ley. Bajo este marco constitucional, se ha de analizar la Resolución Sancionatoria que la autoridad tributaria ha emitido en contra del contribuyente Germánico Horacio González Abad. La Sala, por tanto debe verificar si este ordenamiento imperativo ha sido o no considerado por la Administración Tributaria al emitir las resoluciones impugnadas, al efecto revisado el expediente administrativo, observa lo siguiente: **a)** que con fecha 11 de noviembre de 2010 la economista Viviana Zaldúa V. emite un documento denominado: **“Notificación de inicio de Sumario falta reglamentaria nro. RAUINFOIFN10-00527”** en el que señala que **“De la revisión información que dispone la Administración Tributaria consta que el contribuyente González Abad Germánico Horacio ...presentó dicha declaración el día 19 de agosto de 2010 fuera del plazo previsto por las normas transcritas... habría incurrido en una infracción tributaria calificada como falta reglamentarias al presentar de manera tardía la declaración señalada anteriormente. Que el inciso cuarto del art. 315 y el art. 351 del Código Tributario tipifican como faltas reglamentarias en materia tributaria a la inobservancia de normas reglamentarias y disposiciones administrativas de obligatoriedad general que establezcan los procedimientos y requisitos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y deberes formales de los sujetos pasivos... Con estos antecedentes se concede al contribuyente el plazo de cinco (5) días hábiles... para que en ejercicio del derecho a la defensa, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, el contribuyente podrá presentar las pruebas de descargo que considere pertinentes para**

justificar las presunciones de cometimiento de la falta reglamentaria...". La notificación con el documento referido, se ha cumplido el día 3 de diciembre de 2010; (fojas 64 y 65)

b) A fojas 50 y 51 obra la Resolución sancionatoria en cuyos considerandos invocan y transcriben las normas legales que a criterio de la Administración sustentan la imposición de la sanción señalando en el considerando nro. 16 que al contribuyente se le notificó con el oficio de inicio del sumario nro. RAU-INFOIFC10-00527, en el que se señala que se concede el plazo de cinco días para que presente las pruebas de descargo para justificar el retraso en la presentación de la declaración patrimonial; y en el numeral 17 se indica que el contribuyente, **"no ha ingresado documentación que justifique en legal y debida forma la falta reglamentaria cometida"**, por lo que resuelve sancionarlo con la multa a la que nos hemos referido, **c)** Esa Resolución sancionatoria, ha sido impugnada en la vía administrativa, mediante reclamo que ha formulado el contribuyente, en el que señala que **"mi afán al impugnar la Resolución Sancionatoria es únicamente pedir que la sanción se compadezca con la infracción sancionada, misma que al no haber perjudicado a la Administración con un solo centavo. E inclusive ni siquiera hizo falta que la Administración Tributaria actuara en forma alguna para que yo presente mi declaración patrimonial, pues lo hice mucho antes de que se inicie el sumario, por lo que la sanción en ninguna debería ser mayor"** (reclamo administrativo fojas 68)

4.2. Bajo estos antecedentes procesales, la Sala considera que la imposición de una multa, siendo una sanción de carácter penal, en lo que respecta a su cuantía y a la forma de imposición no solo debe proceder de una ley, sino del cumplimiento de las garantías del debido proceso administrativo sancionador, esas son exigencias del ordenamiento Constitucional vigente que se configura como parte de los Derechos de Protección al instituir que **"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto y omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción..."** y que solo, **"La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales administrativas o de otra naturaleza"**, (Art. 76 numerales 1, 3 y 6). Ello en relación con el derecho de las personas a la defensa, configurados en el numeral 7 literales a), h) y l). El hecho enunciado tanto en la Resolución Sancionatoria como en la que absuelve el reclamo administrativo, que se ha garantizado el debido proceso porque se ha concedido un plazo para que presente las pruebas, no es lo constitutivo del debido proceso como pretende entender la Administración, pues la concesión de ese término, sin la demostración de que no se ha privado al contribuyente del ejercicio pleno de sus derechos, no es más que un formalismo, utilizado para señalar una actividad administrativa, pero en ningún caso evidencia de que durante ese período concedido, se le ha permitido conocer plenamente sobre los hechos que le atribuyen a manera de presunción y

los instrumentos o documentos sobre los que se levanta esa presunción, se ha analizado objetivamente la argumentación presentada por el contribuyente en el reclamo administrativo y los razonamientos jurídicos aportadas en su defensa y que la resolución adoptada se refiera a todos ellos, estableciendo la verdad real respecto a la existencia del acto imputado como infracción, señalando las razones no solo sobre los hechos que presume el juzgador, sino sobre aquellos que han sido invocados en la defensa. Es lo que la Constitución exige bajo el concepto de motivación, para la validez del acto administrativo. Por lo que la autoridad administrativa al imponer la sanción debe motivar adecuadamente citando la norma específica que establece la infracción que juzga y la razón por la que ha impuesto esa pena, de tal modo que del conjunto de las normas aplicables e invocadas en la Resolución y la debida motivación de quien en ejercicio de la facultad legal establece la sanción, permita deducir con suficiente grado de certeza, la razonabilidad de la pena a ser impuesta.

4.3. Como se ha señalado el derecho a la defensa y al debido proceso deben entenderse no únicamente como el establecimiento temporal de un período de prueba, sino del conjunto de procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, la oportunidad que el encausado o presunto agraviado sea escuchado por la autoridad sancionadora y que, ésta, previo a emitir la resolución que corresponda, evacúe las pruebas solicitadas, las analice y valore adecuadamente, demostrando a través del contenido de su resolución, que ha cumplido con el deber sustancial de considerar los alegatos y los sustentos en derecho que en su descargo ha planteado el procesado. Los Principios Constitucionales invocados, se encuentran desarrollados en el ordenamiento tributario secundario, en los artículos 81 del Código Tributario relativo a la forma y contenido de los actos administrativos, norma que impone que todos los actos administrativos se emitan: **"con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho"**; el nro. 5 del art. 103, del mismo cuerpo legal que establece como deber sustancial de la Administración la motivación de sus Resoluciones, y en el art. 133 ibídem. Bajo ese ordenamiento Constitucional y Tributario, se establece con absoluta claridad que tanto el instituto jurídico de la Proporcionalidad como el de la Motivación de las Resoluciones de los poderes públicos, constituyen garantías de carácter esencial, que atañen al derecho al debido proceso y a la defensa, y que tienen la connotación de ser básicos y sustanciales, porque su omisión implica la invalidez del acto emitido.

4.4. El artículo 315 del Código Tributario, establece la clasificación de las infracciones tributarias, dentro de las que analiza las que corresponden a las **"Faltas Reglamentarias"**, la norma dice: **"Constituyen faltas Reglamentarias las violaciones de reglamentos o normas secundarias de obligatoriedad general, que no se encuentren comprendidas en tipificación de delitos o contravenciones"**. De su parte, el artículo 351 del cuerpo legal invocado, define a las faltas reglamentarias como **"la inobservancia de normas reglamentarias y disposiciones administrativas de obligatoriedad"**

general, que establezcan procedimientos o requisitos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y deberes formales de los sujetos pasivos”. Con este antecedente la norma del artículo 40^a de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece la obligación de las personas naturales de presentar una declaración sobre su patrimonio acorde con lo establecido en el Reglamento, y, el artículo 96 del aludido Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, señala los límites sobre los cuales, las personas naturales que no desarrollen actividades económicas, han de hacer efectiva tal declaración; y, en cuanto a forma y los plazos para cumplir con esta obligación, dispone que la Administración Tributaria los regulará mediante Resolución. El Director General del Servicio de Rentas Internas mediante RESOLUCIÓN nro. NAC-DGER2008-1510, reformada y publicada en el suplemento del Registro Oficial nro. 497 de 30 de diciembre de 2009, señaló los plazos que transcurren desde el 1 de enero hasta el 30 de marzo del respectivo ejercicio económico; consecuentemente de esta última disposición se desprende que la obligación incumplida por el contribuyente constituye violación a una norma reglamentaria y de carácter administrativo, adecuándose a la tipificación definida como falta reglamentaria. 4.5. En los considerandos 10 a 17 de la resolución sancionatoria, se analiza la omisión en las que ha incurrido el infractor, las normas aplicables a esa omisión y se concluye que se ha verificado que se “han configurado las condiciones jurídicas objeto de la sanción” y consecuentemente el vínculo entre contribuyente y la conducta prevista en la norma como infracción, por lo que al tenor de los artículos agregados a continuación del artículo 351, por el art. 37 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial 242-3S de 29 de diciembre de 2007, se le impone la multa que se objeta en este proceso. El accionante, no ha cuestionado la existencia de la infracción determinada en la resolución administrativa, ni la validez del trámite procesal seguido para el efecto, es más reconoce haber presentado fuera del plazo legal su declaración patrimonial, por lo que se ha configurado en este caso la responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley por tanto se ha cumplido el presupuesto básicos de la infracción.- Así establecida la realidad procesal aparece que en la resolución que se impugna, la Administración ha adecuado la infracción cometida a las normas legales que tipifican la conducta culpable, ha señalado las disposiciones que sancionan esa conducta, y ha demostrado que se ha cumplido el debido proceso administrativo señalado en la Ley por lo que ha ejercido su potestad sancionadora, emitiendo la Resolución Administrativa, que impone la multa cuestionada. 4.6. Este análisis formal y legal respecto a la actuación administrativa, sin embargo, no elimina el control de la aplicación de los principios y fundamentos constitucionales a los que está obligada la Administración Tributaria en la emisión de sus actos o resoluciones, con el fin de eliminar cualquier duda respecto a la vulneración, afección o limitación de los derechos de los contribuyentes, cuanto más que en este caso el

sustento de la pretensión impugnatoria, precisamente se orienta a cuestionar únicamente la cuantía de la sanción impuesta, que al no estar adecuadamente motivada restringe sus derechos fundamentales, pues manifiesta que “...en la Resolución por falta reglamentaria que ahora impugno se diga nada respecto de las razones por las cuales se me impone la pena máxima aplicable a las faltas reglamentarias, violentando además del principio antes referido, la obligación de la Administración Tributaria de emitir los Actos Administrativos siempre con la debida motivación ...ha actuado con total discrecionalidad puesto que no establece parámetro alguno en la misma que permita cuantificar el monto de la multa impuesta en relación con el daño causado. Conocido es que el actuar administrativo debe estar apegado a los principios que las normas establezcan para el efecto, pues solamente un actuar en ese sentido impedirá el ejercicio discrecional del poder público” y que con ello se ha violentado también el artículo 76, numeral 7 literal I) de la Constitución de la República. 4.7. Frente a la pretensión del actor, al contestar la demanda la Procuradora de la Administración Tributaria señala que “la Administración ha actuado en estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, debiendo por tanto destacar que la misma norma es la que establece la proporcionalidad con respecto a la actuación –falta reglamentaria- y la sanción –de treinta a mil dólares, puesto que es facultativo de la Administración Tributaria establecer la multa correspondiente, que en el caso hoy impugnado está dentro de los valores establecidos de manera textual en el art. innumerado agregado a continuación del art. 351 del Código Tributario... existen los fundamentos de hecho y de derecho, así como la relación y pertinencia de los fundamentos de derecho con los de hecho, dando estricto cumplimiento a lo establecido en el numeral 7 literal I) del art. 76 de la Constitución de la República, por lo que por todos los fundamentos expuestos a lo largo de esta contestación no cabe la pretensión del actor de que se reconozca la falta de motivación legal de las resoluciones impugnadas y por ella su ilegalidad e invalidez de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria”. Resulta evidente que los extremos de la sanción establecidos en la norma, son generales y no establecen relación alguna con la magnitud de las faltas cometidas por el contribuyente según su menor o mayor gravedad, con la naturaleza de la infracción en el grado de falta reglamentaria, ni con las condiciones del contribuyente. Lo que permite, a falta de una legislación concreta que establezca un rango específico y objetivo, para que el funcionario pueda adaptar cada caso a una escala previamente establecida, que la autoridad sancionadora fije la cuantía a su discreción. Sin embargo esta falencia de la norma, no puede constituirse en una potestad para que el funcionario acorde a su criterio subjetivo, pueda, sin otro razonamiento de aquel que justifica actuar dentro del rango de la norma, pueda imponer infundadamente una pena, acorde a lo que él considere es proporcional y sin razonamiento alguno respecto al porque la

suma impuesta está dentro de la categoría constitucional de la proporcionalidad. **4.8.** La decisión administrativa que consta en la resolución sancionatoria nro. 0120110500221, que se impugna, textualmente dice: **“RESUELVE: 1. SANCIONAR al contribuyente GONZÁLEZ ABAD GERMÁNICO HORACIO... con MIL dólares de los Estados Unidos de Norte América con 00/100 (USD\$ 1000) según los considerandos de la presente resolución”** pero en ninguna parte de ese acto, se explica la razón de ser de esa cifra, ni se indica por qué, el valor que señala, es el pertinente a la falta que sanciona. Ciertamente que en el considerando nro. 14 de la resolución, la Administración reproduce lo que dice el artículo agregado a continuación del art. 351 del Código Tributario, esto es: *“Las faltas reglamentarias serán sancionadas con una multa que no sea inferior a 30 dólares ni exceda de 1.000 dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de las demás sanciones, que para cada infracción, se establezca en las respectivas normas”*; disposición legal que también invoca la Procuradora en su contestación a la demanda, agregando que *“...pues nos encontramos ante una disposición legal que enmarcada en el principio general de legalidad, que regulan las actuaciones entre la Administración y los contribuyentes, ha dejado a criterio de la Administración la imposición de la sanción, es decir nos encontramos ante una discrecionalidad reglada, y la sanción ha sido fijada dentro de los parámetros establecidos por el propio legislador, y en el caso que nos ocupa no se ha hecho nada diferente a aplicar la normativa vigente”*, afirmación que tampoco se apoya en ninguna base legal, cuanto más que es la propia Constitución, la que en el artículo 76 que hemos invocado, en su numeral 6, como resguardo y tutela del debido proceso y la seguridad jurídica, dispone que solamente: **“La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativa o de otra naturaleza”**, la Sala no encuentra que en la Resolución sancionatoria ni en aquella que la Autoridad Administrativa, resuelve negar el reclamo que sobre la imposición de esa multa, se haya sustentado razonablemente el por qué se estableció ese valor y no otro, a sabiendas que los extremos mínimo y máximo de la multa señalados en la disposición agregada al art. 351 del Código Tributario, solo pueden ser aplicables cuando el ente sancionador, cumpliendo el mandato legal señale motivadamente la proporción correcta y equitativa entre la transgresión definida y la pena que corresponda a esa transgresión; pues la discrecionalidad invocada por la Administración, se constituye en arbitrariedad, al aplicar sin razonamiento alguno un criterio subjetivo, señalando simplemente que la sanción está entre los rangos de la Ley. Podrá decirse que ese razonamiento es suficiente para cumplir con el mandato Constitucional, que exige la debida proporcionalidad?. Resulta evidente que no, pues en el caso no se cumple con el deber de motivar sobre la cuantía o gravedad de la sanción impuesta, que a más de constituir una obligación contenida en la norma suprema, es también un derecho del administrado, a conocer con precisión el porqué de la pena y la explicación de su cuantía a la vez que posibilita

al ente sancionador demostrar que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable de la norma que establece el rango en el que debe actuar. **4.9.** La Sala con los antecedentes señalados, establece que el principio de motivación establecido como fundamento Constitucional, implica que el acto Administrativo ha de contar con una justificación lógica, que permita conocer que la pena no solo se ajusta al ordenamiento jurídico, sino que con ella se exprese el sustento de la utilización de uno o más de los márgenes de discreción señalado en la Ley, para demostrar que la pena impuesta es equitativa, no abusiva o arbitraria; en síntesis que se ha impuesto de función de razones objetivas que estarán singularizadas en la decisión, puesto que un estado de Derechos y de Justicia, no tiene cabida un régimen sancionador, en el que prime el arbitrio, y en el que un acto no motivado es indudablemente un acto arbitrario, en esa razón el ejercicio de la potestad sancionadora no puede prescindir de la motivación, que da efectividad a la actividad sancionadora de la Administración evitando el desborde de su actuación represiva y encauzando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de la pena que se imponga al contribuyente. La motivación resulta pues la única garantía para proscribir la arbitrariedad y el elemento jurídicamente diferenciador de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad. **4.10.** Efectivamente del análisis de la resolución cuestionada la Sala encuentra que estos criterios de proporcionalidad no han sido parte de la motivación de la Administración Tributaria para imponer la pena, por lo que resulta cuestionable que en un proceso administrativo al imponer una sanción, se haya omitido la explicación respecto a la razón por la que se establece la cuantía de la pena impuesta y no otra, tanto más la norma que se aplica, establece un amplio rango de discrecionalidad, que hace ineludible esa explicación porque ella representa la única garantía de la aplicación de los principios tributarios de equidad y proporcionalidad entre la falta cometida y la pena a imponerse. **QUINTO.** Para agotar todos los puntos planteados dentro de la litis, el Tribunal debe analizar el argumento de la Procuradora, que expresamente ha solicitado **“se considere al momento de emitir sentencia”** señalando que **“El actor en su escrito de demanda hace referencia expresa y basa su impugnación en los considerandos establecidos en la resolución nro. 101012011004394, tal como me permito transcribir textualmente: “Luego, la resolución nro. 101012011004394 de fecha 19 de mayo de 2011, notificada el 20 de mayo de 2011 adolece de la misma falta de motivación de la resolución sancionatoria impugnada, en esta resolución de los numerales 1 a 20 no son más que copia de mi impugnación y de normas”**, párrafo que efectivamente consta del texto de la demanda, sin embargo no es acertado afirmar que la demanda se oriente a impugnar el acto administrativo cuyo número, por error se ha hecho constar en ese texto, dado que para la parte demandada resulta evidente la materia y sustento de la pretensión contenida en la demanda, evidencia que se manifiesta expresamente, en el líbello que deduce las

excepciones cuando señala que “...por todos los fundamentos expuestos a lo largo de esta contestación no cabe la pretensión del actor de que se reconozca la falta de motivación legal de las resoluciones impugnadas y por ella su ilegalidad e invalidez de a resolución sancionatoria por falta reglamentaria nro. 0120110500221, así como también de la resolución nro. 101012011RREC002285, y así solicito señores jueces se declare en sentencia, y al tiempo de rechazar la demanda solicito se declare la validez de las impugnadas resoluciones”, siendo entonces según la misma Administración, los actos descritos en su contestación y no otros los impugnados. La Sala considera que no cabe utilizar el error aislado como elemento para sustentar la defensa, dado que de la simple lectura de la demanda y la contestación no se produce razonablemente duda alguna acerca de cuáles son los actos administrativos impugnados y cuales los sustentos de la impugnación. La consignación errada de un número atribuido al acto administrativo, no altera la percepción de las partes, ni la del Juzgador respecto a la materia de la litis, como tampoco pude variar el sentido de la Resolución Administrativa impugnada, el error en que se incurre en la parte final del considerando 22 (fojas 8), en el que se identifica al contribuyente sancionado, con un nombre que no le corresponde, esto es el “AYALA GUAMÁN AGUSTÍN”. En ambos casos es inadmisibles alegación alguna frente a la pretensión y las excepciones planteadas en el proceso, porque las dos referencias erradas, no comportan afección efectiva o real alguna al contenido tanto de la demanda, como del acto administrativo impugnado, por lo que la observación en ese sentido formulada carece de funcionamiento alguno. Por los razonamientos expuestos, el Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en Cuenca. “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la demanda presentada por el señor Dr. Germánico Horacio González Abad, por sus propios derechos en contra de la resolución nro. 101012011RREC002285, emitida por el señor Director Regional del Austro del Servicio de Rentas Internas con fecha 19 de mayo de 2011, en la que se niega el reclamo administrativo presentado por el actor en contra de la Resolución Sancionatoria por falta reglamentaria nro. 0120110500221, de fecha 28 de enero de 2011, y en consecuencia declara la invalidez jurídica, de los actos administrativos impugnados y por tanto la ineficacia de la sanción impuesta.- Sin costas ni honorarios que regular. **Hágase saber.**

f) **Dr. Marco Tobar Solano, Juez. Dr. Rodrigo Patiño Ledesma, Juez. Dr. Jorge Espinoza Campoverde, Conjuez.**

RECURSO DE CASACIÓN

Recurso nro. 226-2012

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, a 16 de abril de 2014. Las 11h20.

VISTOS: I. JURISDICCIÓN. 1.1. Conocemos la presente causa en virtud de la Resolución nro. 004-2012 de 25 de enero de 2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura, Resoluciones nos. 7-2012 y 03-2013 de 27 de junio de 2012 y 22 de julio de 2013, respectivamente, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Oficios nos. 2398-SG-CNJ-IJ y 2399-SG-CNJ-IJ de 23 de diciembre de 2013 expedidos por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y del sorteo que consta en el proceso. **II. ANTECEDENTES.**

2.1.- La doctora Rosa Fajardo Mosquera, Procuradora del DIRECTOR REGIONAL DEL AUSTRO DEL SERVICIOS DE RENTAS INTERNAS, mediante escrito de 8 de febrero de 2012, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 18 de enero de 2012, a las 10h30, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio de impugnación nro. 01501-2011-0087, propuesto por el señor Germánico Horacio González Abad en contra de la administración tributaria. **2.2.** La doctora Rosa Fajardo, Procuradora del DIRECTOR REGIONAL DEL AUSTRO DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación e indica que ha existido “*errónea interpretación de las normas de derecho tanto de los literales a) y l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, art. 81 del Código Tributario; y, la falta de aplicación de la norma contenida en el art. 4 del Reglamento para el Control de Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*”; como fundamento a lo expuesto señala que “*la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada, ya que de ella se desprende claramente la infracción que se cometió por parte del accionante, así como las normas que han sido infringidas y su pertinencia con los fundamentos de hecho y sobre todo se encuentra detallado claramente como la Administración Tributaria impuso el valor de la sanción*”; además señala que es claro que el Tribunal no aplicó la disposición que regula la actuación discrecional de la administración pública, ya que en la resolución impugnada la Administración Tributaria lo que realizó fue establecer los motivos y la forma como se establece la sanción. Por lo que solicita se case la sentencia recurrida. **2.3.** El 1 de agosto de 2012, a las 09h10, se admite a trámite el recurso; y, se pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso, para los fines previstos en el art. 13 de la Ley de Casación. **2.4.** El actor no ha contestado el recurso, pero si ha señalado casilla judicial donde recibir sus notificaciones. **2.5.** En la sentencia recurrida, el Tribunal A quo indica que, del análisis de la resolución cuestionada se encuentra que los criterios de proporcionalidad no han sido parte de la motivación de la Administración Tributaria para imponer la pena, por lo que resulta cuestionable que en un proceso administrativo al imponer una sanción, se haya omitido la explicación respecto a la razón por la que se establece la cuantía de la pena impuesta y no otra, tanto más la norma que se aplica, establece un

amplio rango de discrecionalidad, que hace ineludible esa explicación porque ella representa la única garantía de la aplicación de los principios tributarios de equidad y proporcionalidad entre la falta cometida y la pena a imponerse. Por lo que acepta la demanda. **III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. 3.1.** Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 1 de la Constitución de Ley de Casación y el numeral 1, segunda parte, del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. **IV. VALIDEZ PROCESAL. 4.1.** 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. **V. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO. 5.1.** El recurrente formula el siguiente cargo, en contra de la sentencia de 18 de enero de 2012, a las 10H30, dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en la ciudad de Cuenca. **Cargo 1: “errónea interpretación”** de los literales a) y l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, art. 81 del Código Tributario; y, **“falta de aplicación”** del art. 4 del Reglamento para el Control de Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública (causal primera). **VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. 6.1.** El recurso de casación es un medio de impugnación, extraordinario, limitado y formalista que busca tutelar el derecho, a través de una correcta aplicación de la norma jurídica en las sentencias o autos resolutivos, alcanzando la supremacía de los valores de la seguridad jurídica. **6.2.-** Respecto a la causal primera alegada por el recurrente, esta Sala señala que el numeral primero del art. 3 de la Ley de Casación indica: *“1ra. 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 en su parte dispositiva”*. La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Dicha causal, tiene relación con lo que se denomina vicios *in iudicando* ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho o precedentes jurisprudenciales. El recurrente ha alegado en el presente caso errónea interpretación de los literales a) y l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, art. 81 del Código Tributario; y, falta de aplicación del art. 4 del Reglamento para el Control de Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, normas que a continuación se señalan: *“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: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá mo-*

tivación 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.” “Art. 81. Forma y contenido de los actos.- Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados enunciándose las normas o principios jurídicos que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley.” “Art. 4. DE LA MOTIVACIÓN.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución. La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.” La Sala procede a formular las siguientes consideraciones: **6.2.1.** La Administración Tributaria, dentro de las facultades que la ley le otorga (art. 70 del Código Tributario), se encuentra la facultad sancionadora, mediante la cual dicha autoridad se encuentra facultada a imponer sanciones en los casos y en la medida previstos en la ley; en el presente caso se ha emitido una resolución sancionatoria por falta reglamentaria (art. 351 del Código Tributario); **6.2.2.** En el caso de estudio, el Servicio de Rentas Internas si bien se encontraba facultado a sancionar al señor Germánico Horacio González Abad por no presentar su declaración patrimonial dentro de los plazos establecidos legalmente en los parámetros que bien lo indica el artículo innumerado a continuación del art. 351 del Código Tributario con una multa que va en rango de treinta a mil dólares de los Estados Unidos de América; esta Sala considera que la Administración Tributaria en la resolución impugnada no menciona los razonamientos lógicos ni jurídicos por los cuales impone una sanción de USD. 1.000,00 al actor; más simplemente se limita a indicar que *“es esa voluntad del legislador expresada a través de la Ley, la que le faculta a la Administración Tributaria a establecer de manera discrecional el monto de la sanción...”*; **6.2.3.** Con lo dicho, se concluye que la resolución emitida por la Administración Tributaria al

no establecer un criterio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la infracción cometida, adolece de falta de motivación contraviniendo así lo establecido en el literal l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador como bien lo ha evidenciado la sentencia emitida por el Tribunal A quo; por lo expuesto, sin que sea meritorio realizar ningún análisis adicional, esta Sala concluye que el cargo propuesto en la causal alegada no se configura.

VII. DECISIÓN. 7.1. Como se evidencia, la decisión tomada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal nro. 3, con sede en la ciudad de Cuenca, el 18 de enero de 2012, a las 10h30, no incurre en los vicios alegados por el recurrente.

7.2. Por estas consideraciones, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO**

SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA. VIII. RESUELVE: 8.1. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la doctora Rosa Fajardo, Procuradora del DIRECTOR REGIONAL DEL AUSTRO DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, con base en las consideraciones puntualizadas en el acápite VI de la presente sentencia. **8.2.** Sin costas. **8.3.** Actúa el Ab. Diego Acuña Naranjo de conformidad con el oficio nro. 03-P-SCT-2014 de 8 de enero de 2014. **8.4.-** Notifíquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) **Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Presidenta. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional. Dr. José Luis Terán Suárez, Conjuez Nacional.**

SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I

Juicio nro. 20412-09

Juicio contencioso administrativo, propuesto por el Señor Santiago Corral Bustamante, en su calidad de Gerente General de Centro de Radio y Televisión CRATEL C.A. en contra del Consejo Nacional de Radio y Televisión CONARTEL.

SÍNTESIS:

El Tribunal ad quem aceptó la demanda y reconoce que se produjo el silencio administrativo previsto en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado; interpuesto el respectivo recurso de casación, el Tribunal de Casación analiza que el primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado contiene una salvedad que dice: “salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto”. En el presente caso, si hay una norma legal que señala un plazo diferente al indicado, esto es el artículo 177, numeral 2, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que expresamente señala el plazo máximo que tiene la Administración para resolver el recurso de apelación: “El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.”; Estatuto al cual, expresamente se sometió el accionante de la causa, para proponer el recurso de apelación que, a su criterio, ha producido el silencio administrativo positivo. Toda vez que éste plazo no se a extinguido, la Sala acepta el recurso de casación interpuesto y declara legales la resolución administrativa dictada, al tiempo que se desecha la demanda.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juez ponente: Dr. Carlos Abad Garcés.

TRIBUNAL DISTRITAL nro. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SEGUNDA SALA. Quito, 1 de marzo del 2010. Las 11h50.

VISTOS: El señor Santiago Corral Bustamante, en su calidad de Gerente General de **Centro de Radio y Televisión CRATEL C.A.** comparece a fojas 92 a 94 y pide la ejecución de una resolución administrativa aceptada a favor de su representada obtenida por el silencio administrativo, esto es, que se declare que la Resolución nro. ST-2009- 0172 emitida el 25 de junio del 2009 por el señor **Superintendente de Telecomunicaciones** que consta de fojas 25 a 47 del proceso, ha quedado sin ningún valor ni efecto y que se elimine de sus registros la multa impuesta, resolución ésta, **1.-** Que sin

aceptar los argumentos expuestos en defensa de los cargos imputados, se impuso a CRATEL una sanción máxima, consistente en una multa de CUARENTA DÓLARES (\$ 40) establecida en el art. 71, letra b) de la Ley de Radiodifusión y Televisión, por haber incumplido lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución de la República y en el artículo 58 letra e) de la Ley de Radiodifusión y Televisión, al transmitir una noticia basada en el funcionamiento de un supuesto “Centro Clandestino” del Consejo Nacional Electoral, ubicado en la ciudad de Guayaquil, en el noticiero 24 horas edición vespertina, el día viernes 8 de mayo de 2009, incurriendo en la infracción administrativa Clase III, letra a) señalada en el art. 80 del Reglamento de la Ley General a la Ley de Radiodifusión y Televisión. **2.-** Que el 6 de julio del 2009 (Trámite 3106) se apeló de la Resolución referida ante el señor Presidente del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL. **3.-** Al no haber recibido notificación alguna al recurso de apelación, pidió al señor Notario Primero de Quito para que verifique si dicho Organismo lo había contestado y como consta de la diligencia notarial que adjunta (fojas 74 a 91) el señor secretario del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL, doctor Mauricio Oliveros y el señor Asesor Jurídico del mismo, doctor Carlos Eduardo Pérez, informan al Notario que el escrito con ingreso número 3106 de 6 de julio del 2009 que contiene el recurso propuesto, se halla concluido con la expedición de la Resolución nro. 5975-CONARTEL 09 del 22 de julio del 2009, por la cual el Consejo ratifica la sanción impuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009, la misma que aún no ha sido notificada. **4.-** Esta diligencia notarial se llevó a efecto, el día viernes 31 de julio del 2009, a las 11h40 y la actuación notarial referida equivale, al certificado, exigido por el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado para que se configure el silencio administrativo previsto en dicha disposición legal. **5.-** Que debe entenderse por el silencio administrativo, que su petición ha sido aprobada o que su recurso (de 6 de julio del 2009) y como consta del certificado notarial que el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL no ha notificado a la demandante ninguna resolución en contestación al recurso de apelación planteado, por lo que ha operado el silencio administrativo y, en consecuencia se ha resuelto a favor la reclamación que ha presentado por lo que corresponde ordenar la ejecución de lo aprobado o resuelto por el ministerio de la Ley. **6.-** Que se ha acompañado el cheque certificado nro. 002600 del Banco de la Producción, Produbanco girado a la orden del Tribunal Contencioso Administrativo por US \$ 44.00 que equivale al monto de la multa más un diez por ciento. **7.-** Con estos antecedentes pide al Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, se sirva disponer la ejecución del silencio administrativo positivo y que se declare que la

Resolución nro. ST-2009-0172 emitida por el señor Superintendente de Telecomunicaciones de fecha 25 de junio de 2009, ha quedado sin ningún valor ni efecto y que se disponga que el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión se abstenga de iniciar alguna acción para el cobro de la multa. Admitida la demanda al trámite una vez que fue completada de acuerdo a lo dispuesto por el Juez de Sustanciación, se citó al Presidente y como tal Representante Legal del Consejo Nacional de Telecomunicaciones –CONATEL– Ing. Jorge Glas Espinel y al Procurador General del Estado. Por el demandado Jorge David Glas Espinel por los derechos que representa, comparece mediante Poder Especial y Procuración Judicial, el Dr. José Aguirre Valladares, dando contestación a la demanda y negando las pretensiones del actor, alegando entre otras que la ex CONARTEL mediante Resolución nro. 5975-CONARTEL-09, de 22 de julio de 2009, resolvió, confirmando la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones y deduce las siguientes excepciones. **a)** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, **b)** Falta de derecho de la accionante para interponer esta acción, **c)** No se ha generado el efecto del silencio administrativo negativo, **d)** Subsidiariamente alega silencio administrativo positivo, **e)** Ilegitimidad e ilegalidad de la acción propuesta por cuanto el acto administrativo expreso, contenido en la Resolución 5975-CONARTEL-2009-09 se ciñe a las atribuciones y procedimientos previstos en la legislación aplicable y goza de presunciones de legitimidad y ejecutoriada, **f)** Existiendo un acto administrativo expreso (5975-CONARTEL-2009-09) no procede solicitar la ejecución de un supuesto acto administrativo presunto, **g)** Improcedencia de la vía ejecutiva, **h)** Inaplicabilidad del Estatuto Ejecutivo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, APRA la sustanciación de los recursos de apelación por sanciones, que se tramitan de acuerdo con la Ley de Radiodifusión y Televisión, la que prevalece por sobre el ERJAFE y Ley de Modernización del Estado, **i)** Incompetencia del Tribunal para conocer y resolver esta clase de acciones, **j)** Nulidad de todo lo actuado por haberse demandado al Procurador General del Estado, cuando el Presidente de ex CONARTEL, hoy CONATEL, en los temas relacionados con Radiodifusión y Televisión, tiene representación legal, judicial y extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, **k)** Violación de trámite, y **l)** Prescripción y/o caducidad. A fojas 101 consta la comparecencia del Procurador General del Estado, por la interpuesta persona de su Delegado señalando casilla judicial para notificaciones. De conformidad al art. 38 segundo inciso de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ser los hechos de la especie, asuntos de puro derecho, el estado actual de la causa es el de dictar sentencia y para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa, por así disponer los artículos 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, art. 38 de la

Ley de Modernización del Estado y la Constitución de la República. La Sala tiene asegurada lo suyo por el sorteo realizado. **SEGUNDO:** En la sustanciación no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que sea causa de nulidad, como tampoco existen vicios procesales que afecten a la decisión, por lo que se declara válido el proceso. **TERCERO:** En medio de la contienda judicial, corresponde a la Sala referirse a la excepción de prescripción y/o caducidad, la misma que ha sido propuesta por la parte demandada, pero no las fundamenta o justifica en su escrito. Al respecto la acción propuesta se encuentra presentada dentro del término previsto en el art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto carece de sustento legal la antedicha excepción. **CUARTO:** Respecto a la alegación que hace la entidad demandada de que no se ha producido el silencio administrativo por cuanto el recurso de apelación interpuesto por la empresa actora el 6 de julio de 2009, mediante Resolución nro. 5975-CONARTEL-09 de 22 de julio de 2009, confirmado el acto administrativo recurrido (Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009), la Sala aprecia que el término de quince días, fijado por el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, para que la Administración Pública de respuesta a las solicitudes, reclamos o recursos que formulen los particulares, es un tiempo fatal dentro del cual, solamente, es posible emitir decisiones; es decir, ejercer la competencia decisoria por parte del respectivo órgano administrativo; consecuentemente, vencido éste la competencia precluye en razón del tiempo, sin que por tanto la Autoridad pueda ya decidir sobre el asunto, puesto que su competencia casual se extinguió por el ministerio de la Ley. La Jurisprudencia nacional respecto al caso ha sido prolífica en señalar que todo acto administrativo emitido con posterioridad al término indicado, se refuta de inexistente ya que nace viciado de nulidad insanable por vicio gravísimo de falta de competencia en razón del tiempo. Ahora bien, si el recurso fue interpuesto el lunes 6 de julio de 2009, la administración tenía 15 días hábiles para resolverlo; término que fenecía el 27 de julio de 2009, por consiguiente si el 31 de julio de 2009 se hizo la diligencia notarial y en ella se certificó que el recurso habría sido resuelto el 22 de julio de 2009, sin que la correspondiente resolución haya sido notificada hasta esa fecha, es evidente que ningún efecto jurídico podría tener esa decisión si la publicidad era posterior al 27 de julio de 2009. Lo cual obviamente, permite establecer que la entidad ha reconocido expresamente que no existió resolución eficaz hasta el 31 de julio de 2009, fecha en la que ya había transcurrido con exceso el término para decidir el recurso interpuesto por la actora; a lo cual se agrega incluso, que la misma demanda en su contestación alega en subsidio la ocurrencia del silencio administrativo positivo. **QUINTO:** En cuanto al fondo mismo de la acción planteada por Centro de Radio y Televisión CRATEL C.A., es necesario transcribir lo expresado en algunas sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo y de la hoy llamada Corte Nacional de Justicia, que ésta Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso

Administrativo ha transcrito en otros casos similares al planteado por la accionante. Así por ejemplo, en Sentencia dictada dentro del juicio nro. 93/02 de Septiembre 25 del 2002, a la que también se hace relación en la sentencia del 25 de octubre del 2002 (Resolución nro. 382-02) de modo categórico han expresado los señores jueces de la Corte Nacional de Justicia, que la acción contenciosa administrativa será de ejecución cuando se adjunte a la demanda el certificado relativo al vencimiento del término fijado en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, “...acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará la ejecución de la sentencia...” Así mismo, en sentencia del 21 de agosto del 2002, la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia ha señalado que “...como consecuencia del silencio administrativo surge un derecho autónomo de ejecución que bien puede ser exigido directamente en la vía administrativa ya en la vía jurisdiccional, derecho éste que no sufre mengua ni disminución por una posterior contestación negativa del administrador al que fue dirigida la petición inicial, esto es evidente y así lo ha confirmado la jurisprudencia reiterativa en más de tres fallos de esta Sala, que en consecuencia ha configurado un precedente jurisprudencial obligatorio respecto de la materia. Pero también no es menos cierto que igualmente esta Sala, en más de tres oportunidades ha señalado que es necesario establecer el alcance de lo que ha sido aprobado mediante el silencio administrativo y al respecto ha transcrito, haciendo suya una cita doctrinal que claramente demuestra los contornos del problema para luego de ello adoptar una decisión; dicha cita manifiesta que:” *El problema mayor, y prácticamente el único que el silencio administrativo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por este medio y en los supuestos en que la pretensión ejercida por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. Tres líneas jurisprudenciales se fueron perfilando al respecto: una primera entendió, en obsequio a la siempre necesaria seguridad jurídica, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en ese sentido: una segunda más sensible a la legalidad que a la seguridad jurídica consideró, en cambio, que siendo el silencio administrativo creación de la ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la ley prohibía, por lo que concluyó, que el silencio suple, en efecto al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la ley, y hasta donde ésta permite; finalmente una tercera, en fin, encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio la obtención por silencio todo lo pedido, con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganados adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho”* (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Octava Edición, Editorial Civitas, Madrid 1997, páginas 587 y 588) *En base de lo antes transcrito la Sala ha adoptado como suya la solución intermedia consistente en considerar que mediante el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adole-*

ciere de vicio de nulidad absoluta y siempre que la acción para el caso se haya dirigido a la autoridad competente...” **SEXTO:** La accionante en su escrito inicial adjuntó una copia certificada de la protocolización de la Diligencia Notarial de Constatación en el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL. (anexo 6), Acta de Diligencia Notarial que aparte de ser suscrita por el Notario Primero del Cantón Quito doctor Jorge Machado Cevallos, contiene las firmas de los señores doctores Mauricio Oliveros y Carlos Eduardo Pérez, en sus respectivas calidades de Secretario General y Asesor Jurídico del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL, diligencia que se efectuó el día viernes 31 de julio del 2009, que demuestra fehacientemente que no ha habido hasta dicha fecha, ningún pronunciamiento de CONARTEL, respecto al recurso que CRATEL C.A., ha hecho para que se revoque y se declare la nulidad de la Resolución nro. ST-2009-0172 del 25 de junio del 2009. En dicha Acta se lee: “*En cuanto al recurso propuesto por CRATEL C.A., con ingreso nro. 3106 de 6 de julio de 2009, el trámite se halla concluido con la expedición de la Resolución nro. 5975-CO-NARTEL-09 de veintidós de julio de 2009, por lo cual el Consejo ratifica la sanción impuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009, la misma que aún no ha sido notificada*”. Es decir, la actuación notarial suple el certificado de que trata el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado. **SÉPTIMO:** En el considerando Quinto de esta Resolución en la que se transcribe parte de la reiterada jurisprudencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se ha concluido que en la “*acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia*”. Acción que se produce cuando a la demanda se acompaña la certificación a la que se refiere el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado. En este caso se adjuntó la Diligencia Notarial la misma que está suscrita por los funcionarios encargados del antes llamado Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL. **OCTAVO:** La Compañía accionante ha demostrado que la apelación que formulara el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL, el 6 de julio del 2009, no fue respondida de ninguna forma, dentro del término señalado en la Ley de Modernización del Estado (quince días) tiempo hábil que es aplicable en el presente caso, lo cual provocó que se genere un derecho favorable a las pretensiones de la demandante, claro está, y como se ha pronunciado ésta Sala en casos similares, confirmado por la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia en distintas sentencias, siempre y cuando no sean contrarias a Derecho. **NOVENO:** En la especie, la pretensión de la actora Centro de Radio y Televisión CRATEL C.A. dirigida al Consejo Nacional de Radiodifusión, CONARTEL, respecto de la Resolución nro. ST-2009-0172, fue la de que se “*...la revoque, por ser nula de pleno derecho*.” Estas peticiones no son contrarias a Derecho, toda vez que se encuentran previstas en la ley y en la Constitución. Por las consideraciones expuestas,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la demanda y se reconoce que en el presente caso se produjo el silencio administrativo previsto en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, entendiéndose por tanto que las pretensiones del Centro de Radio y Televisión CRATEL S.A. fueron resueltas en su favor, por el Ministerio de la Ley, consecuentemente, quedó sin efecto jurídico alguno las Resoluciones nro. ST-2009-0172 de 25 de junio del 2009 expedida por el Superintendente de Telecomunicaciones. Por consiguiente, la multa impuesta a la actora fue revocada por el efecto positivo del silencio administrativo, sin que por tanto la administración pueda hacerla efectiva. Devuélvase a la accionante los valores que fueran consignados por ella, previa observancia de las formalidades de ley. Sin costas. **Notifíquese.**

f) **Dr. Carlos Abad Garcés. Dra. Sabett Chamoun Villacrés. Dr. Patricio Secaira Durango.**

ACLARACIÓN

TRIBUNAL DISTRITAL Nro. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SEGUNDA SALA. Quito, martes 15 de junio del 2010. Las 15h06.

VISTOS: Agréguese al proceso los escritos que anteceden. La Sala, para decidir sobre los escritos que obran del proceso y que requieren su pronunciamiento lo hace en los siguientes términos: **PRIMERO:** El procurador judicial del Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y como tal Presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones pide, dentro de término, la aclaración de la sentencia dictada en la causa el 1 de marzo de 2010 a las 11h50 sobre si el requerimiento dirigido al Notario Primero del cantón Quito, es solicitado o suscrito por el representante legal de CRATEL C.A. o solo por el Dr. Pablo Ortiz García, refiriéndose al considerando quinto de la sentencia, aunque con escrito de 8 de marzo de 2010 presentado a las 16h52 rectifica el yerro señalando que se refiere al considerando sexto del fallo; y, si ese profesional era parte interesada para solicitar a nombre propio esa certificación; petición con la que se corriera traslado a las demás partes procesales conforme la providencia de 10 de marzo de 2010. Tal pedido es contestado por la parte actora quien se opone a la aclaración por cuanto estima que la sentencia es clara; sin embargo, señala que, el Dr. Pablo Ortiz García ha comparecido como abogado de CRATEL C.A. en todas las actuaciones en la Superintendencia de Telecomunicaciones cuanto en el Consejo Nacional de Telecomunicaciones; y, que habiendo el representante legal de esa empresa presentado esa diligencia notarial en el juicio significa que ratifica todas las actuaciones de ese profesional. Es pertinente, al respecto señalar que la unánime jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que por su reiteración es de cumplimiento obligatorio ha determina-

do entre otros aspectos que “En torno a la materia conviene señalar como el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que conforme lo enseña la doctrina y jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentre firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata...” (Pág. 4208 Gaceta Judicial Serie XVI nro. 15 de mayo-agosto de 1999. Res. 321-97). Asimismo en la Resolución 195-99 (Pág. 4210. Gaceta Judicial Serie XVI nro. 15 de mayo-agosto de 1999), la Corte señala: “Es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso...”. Iguales pronunciamientos constan de las sentencias dictadas por la misma Sala: nros. 217-99 de 13 de julio de 1999 (Ottati-Municipio de Azogues), sentencia de 31 de agosto de 2000 (Moreno-IESS); sentencia de 21 de agosto de 2002 (Maza-Min. de Finanzas), sentencia de 25 de octubre de 2002 (Calderón-MIDUVI); entre decenas de otras del mismo tenor que, finalmente, establecen que el efecto positivo del silencio administrativo, consagrado en favor del administrado, es una garantía a su derecho de petición que incluye el de obtener atención o respuesta oportuna a sus requerimientos (art. 66 numeral 23 de la Constitución); consecuentemente, no existe pedido, requerimiento, solicitud, reclamo o recurso que no deba merecer la atención o la respuesta de la administración pública. Cuando la respuesta es expresa se manifiesta por medio de un acto administrativo regular; mas, cuando tal decisión pública no se ha hecho eficaz dentro del tiempo legal establecido, es el ministerio de la ley el que hace nacer un acto administrativo presunto que suple la inercia, la omisión e incluso la negligencia, en suma la falta de respuesta administrativa, acto por el cual la Ley da por aceptada o atendida favorablemente la pretensión del administrado. Este hecho es el que determina que no cabe analizar los antecedentes anteriores al acto presunto, en sede administrativa ni en sede judicial, ya que lo único que cabe es la ejecución del efecto positivo del silencio administrativo prevenido en la Ley. El Juez solo reconoce su existencia y ordena su ejecución sin pronunciarse sobre antecedente alguno. La aclaración, de conformidad al artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa procede cuando la sentencia fuere oscura; es decir, cuando sea ininteligible lo que ocurre en el

evento de que no fueran comprensibles sus expresiones o el alcance de sus decisiones. La Sala al revisar el fallo llega a la conclusión de que el mismo, en el aspecto relacionado a la petición en análisis, puede establecer que éste no se encuentra en el presupuesto fáctico de la norma legal enunciada; razón por la cual se niega por impertinente esta parte de lo peticionado. **SEGUNDO:** A fojas 131 a 133 de los autos, en escrito presentado el 8 de marzo de 2010 a las 16h58 comparece el Dr. Oswaldo Ramón M. en calidad de “Procurador General y Judicial de la Superintendencia de Telecomunicaciones”, pidiendo: a) Que, con sustento en el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se declare a la Superintendencia de Telecomunicaciones como parte procesal en la causa en calidad de tercerista; b) Que, al declararse como parte a dicha entidad pide se declare la nulidad del proceso a partir de la presentación de la demanda por cuanto: (i) al poder la Sala solo convalidar formalidades no esenciales, se debe considerar que existe un vicio desde la presentación de la demanda pues la personería pasiva también le corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones, ya que de manera injurídica se ha dispuesto la cesación de un acto administrativo emitido por esta entidad, sin haberle otorgado derecho a que se defienda, (ii) que la legitimidad de personería es una formalidad sustancial, (iii) que la Superintendencia es órgano competente para sancionar las infracciones que se comenten en la actividad que controla; petición con la que concuerda el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.- La Sala al respecto aprecia: El art. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “Pueden también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivare la acción contencioso-administrativa”. El artículo 33 de la misma Ley (publicado mediante Decreto Supremo nro. 1077 en el Registro Oficial No. 392 de 17 de septiembre de 1973) estableció la obligación de hacer conocer la demanda a la persona natural o jurídica “en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugna, a fin de que pueda hacer valer los derechos que le concede el art. 25 de esta Ley”. En el presente caso, lo hechos determinan que el Superintendente de Telecomunicaciones expide la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009, por lo cual impone a CRATEL C.A., la máxima sanción establecida en el artículo 71 letra b) e la Ley de Radiodifusión y Televisión equivalente a \$ 40,00 por haber incumplido obligaciones jurídicas que se expresan en el documento. Resolución de la que, el administrado sancionado, interpone recurso de apelación para ante el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, órgano público que tiene competencia para ello (art. 32 de la Ley publicada en R.O. 691 de 9 de mayo de 1995; art. 173 de la Constitución y 176 del ERJAFE). Ello significa que la Superintendencia de Telecomunicaciones ejerció una actividad administrativa sancionadora. El poder sancionador es una potestad pública propia

del Estado que lo ejerce por medio de los órganos administrativos establecidos para el efecto por la Constitución o la Ley y se la puede ejercer en los términos que estos instrumentos jurídicos señalen. En el procedimiento administrativo existen dos sujetos a saber: SUJETO ACTIVO que es la administración pública encargada de investigar, procesar y decidir aquellos asuntos que derivan de sus competencias legales; y, SUJETO PASIVO que es el administrado, sea persona natural o jurídica, cuyos derechos pueden ser afectados negativa o positivamente por la potencial resolución administrativa; es quien tiene derechos subjetivos respecto de la materia que está sometida a la decisión de la autoridad pública. En el caso, tanto la Superintendencia de Telecomunicaciones como el procedimiento sancionador instaurado a CRATEL C.A.; siendo esta empresa la que tiene la calidad de sujeto pasivo de ese procedimiento. En consecuencia, la resolución administrativa que emane en el trámite solo puede perjudicar o favorecer a ese sujeto pasivo y de ninguna manera a la Administración que decide o hubo de decidir. Debe tenerse presente que el artículo 173 de la Constitución establece como derecho de los administrados (sujeto pasivo) el de impugnar los actos de autoridad pública que afecten sus derechos tanto en sede administrativa como ante los órganos judiciales. Por ello es que el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece como condición jurídica para ser considerado como coadyuvante en el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, a quien tenga interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motive la acción contencioso administrativa; lo cual es refrendado por la norma del artículo 33 de la misma Ley cuando ordena hacer conocer de la demanda a la persona “a cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugne”. De lo que se infiere que la tercería coadyuvante en las acciones contencioso administrativas solo son posibles en los recursos impugnatorios; esto es, en el subjetivo o de plena jurisdicción o en el objetivo de anulación o por exceso de poder. En la especie CRATEL C.A. no ha propuesto ninguno de esos recursos, ya que del contenido de su demanda se puede extraer que formula una acción por la cual pide “la ejecución de una resolución administrativa aceptada a favor de mi representada por silencio administrativo”; por consiguiente, en el caso no existe el fundamento fáctico para la reclamada tercería coadyuvante. Por otro lado, la demanda señala que se ha generado a favor de la actora un acto administrativo presunto, por lo que, la pretensión de la Superintendencia de Telecomunicaciones de ser considerada como parte, se encaminaría a que se mantenga el efecto de ese acto presunto, lo cual sería un absurdo si se leen los argumentos del escrito de esa entidad. El titular de esa dependencia pública es emisor de un acto sancionador recurrido ante el señalado Consejo, lo que significa que los dos órganos públicos pertenecen a la escala o jerarquía de la administración sancionadora en materia de telecomunicaciones, por consiguiente, ambas tienen la calidad de sujetos activos que deben procesar y decidir aquellos asuntos que son materia del respectivo procedimiento; y, la

empresa actora tuvo la calidad de sujeto pasivo, esto es de administrada. Sería un absurdo pretender (ejemplificando) que si el CONATEL revoca una sanción impuesta por el Superintendente de Telecomunicaciones éste pueda recurrir de esa decisión en vía administrativa o judicial para lograr que se deje sin efecto la revocatoria expedida por su superior jerárquico. Ello no es aceptable ya que, como se ha dicho ambas constituyen la vía administrativa y son sujetos activos del procedimiento. Debe resaltarse una vez más que no es la Sala la que ha dejado sin efecto resolución administrativa alguna, ya que este es un juicio en el cual se ha pedido la ejecución del efecto positivo del silencio administrativo, es decir de un acto administrativo presunto generado por el ministerio de la Ley. Por tales consideraciones el pedido de que se declare parte procesal al Superintendente de Telecomunicaciones es impertinente, razón por la que se niega esa pretensión. El pedido de nulidad procesal, por ser consecuencia de lo dicho precedentemente también es improcedente por tanto se lo desestima. **TERCERO:** En cuanto al pedido de la actora encaminado a que se disponga la devolución de los valores depositados por ella se lo niega en razón de que la sentencia no se encuentra ejecutoriada. De esta manera quedan atendidas las citadas peticiones. Notifíquese con esta providencia, por esta vez al “Procurador General y Judicial de la Superintendencia de Telecomunicaciones”, en el casillero judicial nro. 2118.- **Notifíquese.**

f) **Dra. Sabett Chamoun Villacreses. Dr. Patricio Sequeira Durango. Dr. Carlos Abad Garcé.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 01 de abril de 2013. Las 15h21.

VISTOS: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución nro. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones nro. 1-2012 de 30 de enero del 2012, y nro. 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, acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación; integra este Tribunal de Casación el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, conforme el artículo 2, literal c), de la resolución nro. 7-2012 de 27 de junio de 2012, y la resolución nro. 10-2012 de 29 de agosto de 2012. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: 1.1.** El 1 de marzo de 2010, 11h50, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1 con sede en la ciudad de Quito, emitió sentencia y resolvió que: “*se acepta la demanda*

y se reconoce que en el presente caso se produjo el silencio administrativo previsto en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, entendiéndose por tanto que las pretensiones del Centro de Radio y Televisión CRATEL S.A. fueron resueltas en su favor, por el Ministerio de la Ley, consecuentemente, quedó sin efecto jurídico alguno la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio del 2009 expedida por el Superintendente de Telecomunicaciones. Por consiguiente, la multa impuesta a la actora fue revocada por el efecto positivo del silencio administrativo, sin que por tanto la administración pueda hacerla efectiva.” **1.2.-** De dicha sentencia el Presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, interpone el recurso extraordinario de casación por las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Mediante auto de 2 de mayo de 2011, 16h35, esta Sala aceptó el recurso de hecho presentado por el CONATEL, y por tanto aceptó el recurso de casación de tal institución pública, por las causales indicadas; lo cual fue ratificado mediante auto de 15 de junio de 2011, 17h10. Por tanto, este Tribunal analizará primeramente la causal segunda, y de no prosperar ésta pasará a analizar las siguientes. **SEGUNDO: 2.1.** 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 obstaría 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. **2.2.** En el presente caso, y con respecto a la causal segunda de casación, el CONATEL argumenta (**al igual que lo hizo en el recurso de casación nro. 474-2010**) que el Tribunal de instancia incurrió en falta de aplicación de los artículos 1014 y 355 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal a) de la Constitución de la República; toda vez: *“...siendo una solemnidad especial para que surta efecto el silencio administrativo la de aparejar a la petición respectiva, la certificación de la que habla el segundo inciso del art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que valga como instrumento público, y por ende como única prueba para determinar la existencia del acto administrativo presunto, por supuesta omisión de la administración pública, y al no haber aparejado a la demanda CRATEL dicho instrumento público, y no otro, ello fue determinante en el fallo que se recurre, ya que al no existir tal certificación (único instrumento público válido), no podía aceptar la demanda de CRATEL, y en consecuencia ejecutar un silencio administrativo inexistente.”* **2.2.1.** Este Tribunal de Casación considera (**al igual que lo hizo en el recurso de casación nro. 474-2010**) que el CONATEL no tiene razón en su argumento, pues lo importante y la razón misma de ser del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, es que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública sea resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, y que vencido tal término opere el silencio administrativo positivo, por el cual se entenderá que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. **Esta operatividad del silencio administrativo positivo, no puede estar supeditada a que la administración otorgue o no una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado; pues se caería en el absurdo de que si el órgano de la administración pública afectada no otorga tal certificado (para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo), a pedido del peticionario, lo cual, por otra parte, sucederá la gran mayoría de las veces, entonces supuestamente tal silencio administrativo positivo no operaría, lo cual vendría en vaciar de contenido a dicha institución procesal.** Este Tribunal de Casación aclara, que la certificación mencionada en el segundo inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, es “una” de las formas que tiene el peticionario para demostrar que el silencio administrativo positivo ha operado, pero no es la única; no habiendo obstáculo para que el peticionario recurra a otras formas de comprobación de que tal silencio administrativo positivo ha ocurrido o no, como en el presente caso se da, al haber CRATEL C.A. recurrido a una diligencia notarial en tal sentido. Por el principio de eficacia administrativa se debe buscar que los procedimientos logren su finalidad, no pudiendo permitirse que, con una interpretación restrictiva del

segundo inciso del artículo 28 de la Ley Modernización del Estado, se pretenda enervar la eficacia de su primer inciso. Como bien lo menciona el artículo 76, numeral 1, de la Constitución de la República de 2008, “corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” Lo importante es que, se verifique a satisfacción del Tribunal o Corte, que lo señalado en el primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado sucedió o no, esto es que *“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 presentación, 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.”*, no viéndose obstáculo para que se pruebe que venció tal término de quince días, con la protocolización o razón notarial al efecto, misma que obviamente será analizada por el Tribunal o Corte respectiva mediante la sana crítica en el caso concreto de que se trate. **2.3. En el Derecho Administrativo comparado** podemos apreciar, por ejemplo, el artículo 85 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia (Ley 1437 de 2011), que señala: *“Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto...”* Y además, la moderna doctrina del Derecho Administrativo tiene claro que la efectividad del silencio administrativo positivo no puede estar supeditada, únicamente, a que el propio órgano administrativo afectado de o no una certificación en tal sentido; al respecto, el profesor Garrido Falla, Fernando, nos enseña que: “el silencio se produce automáticamente, es decir, por el simple transcurso del plazo establecido y sin necesidad de que se denuncie la mora por el interesado, o se solicite certificación de acto presunto.” *Tratado de Derecho Administrativo, volumen 3, La Justicia Administrativa, 2nda. ed., edit. Tecnos, Madrid-España, 2006, pág. 82.* **Por todo lo anterior, se rechaza la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación alegada por el CONATEL.** **TERCERO:** Analizada la sentencia impugnada dictada el 1 de marzo de 2010, 11h50, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1 con sede en la ciudad de Quito, se desprende que: **3.1. Mediante Boleta Única nro. DJR-2009-0109 del 28 de mayo del 2009, suscrita por el señor Superintendente de Telecomunicaciones,** se le hace conocer a CRATEL C.A. que el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL, dispuso iniciar el proceso de

juzgamiento administrativo en su contra por supuestamente haber incurrido en las conductas previstas en las letras e) y h) del artículo 58 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, referida a la transmisión de una nota relacionada con el funcionamiento de un centro clandestino del Consejo Nacional Electoral ubicado en la ciudad de Guayaquil transmitida en el Noticiero 24 Horas edición vespertina, el día viernes 08 de mayo de 2009. **3.2. Que el 25 de junio de 2009, mediante Resolución nro. ST-2009-0172, el Superintendente de Telecomunicaciones le impuso a CRATEL C.A., una multa de cuarenta dólares por haber cometido la infracción administrativa Clase III, letra a) señalada en el artículo 80 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión. 3.3. Que con fecha 6 de julio de 2009, CRATEL C.A. apeló de la resolución referida (ST-2009-0172) ante el Presidente del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL. 3.4.- Que como no recibió respuesta alguna a la apelación de la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009,** pidió al señor Notario Primero de Quito para que verifique si dicho Organismo había contestado. **3.5.-** El Gerente General del **Centro de Radio y Televisión CRATEL S.A.** demandó el 1 de septiembre de 2009 ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1, la ejecución de una supuesta resolución obtenida por un pretendido silencio administrativo positivo; y que por tanto **se declare que la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009 dictada por el señor Superintendente de Telecomunicaciones** ha quedado sin ningún valor o efecto, y que se disponga que dicha Institución así como el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión eliminen de sus registros la multa impuesta y se abstengan de iniciar ninguna acción para el cobro de la misma. **3.6.- En el considerando cuarto de la sentencia de instancia se afirma que:** “Respecto a la alegación que hace la entidad demandada de que no se ha producido el silencio administrativo por cuanto el recurso de apelación interpuesto por la empresa actora el 6 de julio de 2009, mediante Resolución nro. 5975-CONARTEL-09 de 22 de julio de 2009, confirmando el acto administrativo recurrido (Resolución nro. ST- 2009-0172 de 25 de junio de 2009), la Sala aprecia que el término de quince días, fijado por el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, para que la Administración Pública de respuesta a las solicitudes, reclamos o recursos que formulen los particulares, es un tiempo fatal dentro del cual, solamente, es posible emitir decisiones; es decir, ejercer la competencia decisoria por parte del respectivo órgano administrativo; consecuentemente, vencido éste la competencia precluye en razón del tiempo, sin que por tanto la Autoridad pueda ya decidir sobre el asunto, puesto que su competencia casual se extinguió por el ministerio de la Ley. La Jurisprudencia nacional respecto al caso ha sido prolífica en señalar que todo acto administrativo emitido con posterioridad al término indicado, se refuta de inexistente ya que nace viciado de nulidad insanable por vicio gravísimo de falta de competencia en razón del tiempo. **Ahora bien, si el recurso fue interpuesto el lunes 6 de julio de 2009, la administración tenía 15 días hábiles para resol-**

verlo; término que fenecía el 27 de julio de 2009, por consiguiente si el 31 de julio de 2009 se hizo la diligencia notarial y en ella se certificó que el recurso habría sido resuelto el 22 de julio de 2009, sin que la correspondiente resolución haya sido notificada hasta esa fecha, es evidente que ningún efecto jurídico podría tener esa decisión si la publicidad era posterior al 27 de julio de 2009. Lo cual obviamente, permite establecer que la entidad ha reconocido expresamente que no existió resolución eficaz hasta el 31 de julio de 2009, fecha en la que ya había transcurrido con exceso el término para decidir el recurso interpuesto por la actora; a lo cual se agrega incluso, que la misma demandada en su contestación alega en subsidio la ocurrencia del silencio administrativo positivo.” 3.7. En los considerandos sexto y octavo de la sentencia de instancia se menciona que: “SEXTO.- La accionante en su escrito inicial adjuntó una copia certificada de la protocolización de la Diligencia Notarial de Constatación en el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL (anexo 6), Acta de Diligencia Notarial que aparte de ser suscrita por el Notario Primero del Cantón Quito doctor Jorge Machado Cevallos, contiene las firmas de los señores doctores Mauricio Oliveros y Carlos Eduardo Pérez, en sus respectivas calidades de Secretario General y Asesor Jurídico del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL, diligencia que se efectuó el día Viernes 31 de Julio del 2009, que demuestra fehacientemente que no ha habido hasta la fecha, ningún pronunciamiento de CONATEL, respecto al recurso que CRATEL S.A., ha hecho para que se revoque y se declare la nulidad de la Resolución nro. ST-2009-0172 del 25 de junio del 2009. En dicha Acta se lee: ‘En cuanto al recurso propuesto por CRATEL C.A., con ingreso nro. 3106 de 6 de julio de 2009, el trámite se halla concluido con la expedición de la Resolución nro. 5975-CONARTEL-09 de veintidós de julio de 2.009, por la cual el Consejo ratifica la sanción impuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009, la misma que aún no ha sido notificada’. Es decir, la actuación notarial suple el certificado de que trata el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado. (...) OCTAVO. La Compañía accionante ha demostrado que la apelación que formulara al Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL el 6 de julio del 2009, no fue respondida de ninguna forma, dentro del término señalado en la Ley de Modernización del Estado (quince días) tiempo hábil que es aplicable en el presente caso, lo cual provocó que se genere un derecho favorable a las pretensiones de la demandante, claro está, y como se ha pronunciado esta Sala en casos similares, confirmado por la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia en distintas sentencias, siempre y cuando no sean contrarias a Derecho.” CUARTO: 4.1. Al respecto, en su recurso de casación, el CONATEL dice: “A.1. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS innumerado, mandado a agregar por el artículo 6 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial nro. 691 de 9 de mayo de 1995 y 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión. El artículo innumerado de la Ley de Radiodifusión y Televisión, mandado agregar por el art. 6 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial nro. 691,

de 9 de mayo de 1995, señala que, “**El Presidente del Consejo es el representante legal, judicial y extrajudicial de este organismo. Le corresponde convocarlo a reuniones ordinarias, por lo menos una vez al mes; y, extraordinariamente, a iniciativa suya o a pedido de, cuando menos, tres de sus miembros titulares**”. El artículo 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, señala que, “[...] **El concesionario podrá apelar de esta resolución en el término de ocho días de notificada, ante el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, el que podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión de este organismo**”. De las normas legales transcritas se infiere que el plazo que tenía el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, para resolver el recurso de apelación interpuesto por CRATEL era de 30 días, por cuanto la SIGUIENTE SESIÓN correspondió a dicho plazo, contados desde la fecha de presentación de tal recurso. Como lo sostiene el accionante, el recurso de apelación fue presentado el 6 de julio de 2009, por lo que el plazo para resolver tal recurso fenecía el 6 de agosto de 2010, lo que evidencia que la solicitud presentada el 31 de julio de 2010 al Notario Primero del cantón Quito, “**para que proceda a dar fe si dicho Organismo ha contestado el requerimiento que con fecha 6 de julio, trámite 3106, se presentó y al que me he referido en párrafos anteriores**” era prematura, pues a esa fecha no había operado la figura del silencio administrativo, entre otras razones legales que se desarrollan más adelante. La entonces Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en este sentido, al señalar que, “**No se puede tomar en cuenta, exclusivamente, los quince días de término que establece el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado para creer que se ha agotado la vía administrativa por silencio de la administración, cuando existe otra norma legal, el art. 13 de la Ley del Ministerio Público, que consigna el plazo de sesenta días, atenta la salvedad contenida en la norma primeramente citada. En el mejor de los casos, los quince días deberían ser sumados a los sesenta días para interpretar, positivamente, el silencio administrativo.** SALA DE LO ADMINISTRATIVO. *Gaceta Judicial*. Año XCVI. Serie XVI. nro. 5. Pág. 1391. (Quito, 24 de marzo de 1996)”. La falta de aplicación del artículo innumerado de la Ley de Radiodifusión y Televisión, mandado agregar por el Art. 6 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial nro. 691, de 9 de mayo de 1995 y art. 71 ibídem, han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, ya que los Juzgadores sostienen que el artículo 28 de la Ley de Modernización era aplicable, cuando esta misma norma ha previsto que el término de 15 días es aplicable, **salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto** que, como queda demostrado, la Ley de Radiodifusión y Televisión si expresa un término distinto al señalado en la Ley de Modernización del Estado;...”. **4.2.** Igualmente, el CONATEL arguye una “C.1. INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRIMER INCISO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO...El recurso de apelación no está legislado en la Ley de Modernización del Estado, ya que el artículo 28 de la referida Ley se limita o se refiere a reclamos, solicitudes o pedidos,

que de manera alguna puede asimilarse al recurso de apelación, como erróneamente lo sostienen los juzgadores en la sentencia. Es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que ha previsto el recurso de apelación, y al que se sometió el administrado al interponer el recurso el 6 de julio de 2009, al sostener que lo hace [...], **al amparo de lo previsto en el artículo 176 y más pertinentes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva**”. **QUINTO. 5.1.** De todo lo anterior, y de lo que consta en el expediente, este Tribunal de Casación observa que el primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado señala que: “**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 presentación, 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. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, ha pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.”. **5.1.1.** Por lo que, efectivamente 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 presentación, **salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.** En el presente caso, si hay una norma legal que señala un plazo diferente al indicado, esto es el artículo 177, numeral 2, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que expresamente señala el plazo máximo que tiene la Administración para resolver el recurso de apelación: “**El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.**”. (Lo resaltado y subrayado es nuestro.). **5.2. Es parcialmente incorrecta la argumentación mencionada en el punto 4.2. de esta sentencia dada por la Administración, cuando dicen que:** “El recurso de apelación no está legislado en la Ley de Modernización del Estado, ya que el artículo 28 de la referida Ley se limita o se refiere a reclamos, solicitudes o pedidos, que de manera alguna puede asimilarse al recurso de apelación”, pues el recurso de apelación si debe entenderse como una especie dentro del género “derecho de petición”; al respecto, autorizada doctrina nacional nos indica que: “Adicionalmente, cabe precisar que el artículo 28 de la LME al reglamentar el derecho de petición, **pese a no designar de forma expresa junto al reclamo a la solicitud o pedido, al recurso, no significa que lo excluya, pues el recurso constituye especie, del género “derecho de petición**”. Al respecto el artículo 177 del ERJAFE

prescribe que el plazo máximo para dictar y notificar los recursos de reposición y de apelación será de dos meses; en el caso del recurso de apelación, transcurrido dicho plazo, se lo entenderá favorable.” (Lo resaltado es nuestro.) (Morales Tobar, Marco; “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pgs. 310-311).

5.2.1. Pero en el caso que nos ocupa, la argumentación de la Administración si es correcta, cuando señala que: “*Es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que ha previsto el recurso de apelación, y al que se sometió el administrado al interponer el recurso el 6 de julio de 2009, al sostener que lo hace [...], al amparo de lo previsto en el artículo 176 y más pertinentes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.*”, pues efectivamente, y como ya se ha mencionado hay un plazo especial para resolver la apelación de “dos meses”, que es permitido por el propio artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

5.3.- Este Tribunal considera además, que estos plazos más extensos en lo que al recurso de apelación en sede administrativa se refiere, tienen una particular razón de ser, toda vez tales recursos pueden ser resueltos mediante actos administrativos de órganos colegiados o actos administrativos complejos. Autorizada doctrina internacional nos enseña que “*Los actos administrativos, emanados de órgano colegiado, tienen que reunir, además de los requisitos comunes exigidos para la emisión de voluntad, aquellos específicos previstos por la norma. En los órganos colegiados, la voluntad emana de un solo órgano-institución formado por varios órganos-individuos. Los actos de los órganos colegiados deben emitirse observando los principios de sesión, quorum y deliberación... Actos complejos son los que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos, a diferencia de los actos simples que emanan de un solo órgano, sea individual o colegiado.*” (Dromi, Roberto; “Derecho Administrativo”, 11ed., edit. Hispania Libros, 2006, pg. 373.). “*El acto colectivo o colegial implica la intervención de varias voluntades, pero pertenecientes a un mismo órgano administrativo, como acontece con los cuerpos de consulta o asesoría que tienen las secretarías de Estado. Acto complejo es el que surge de la concurrencia de la voluntad de varios órganos administrativos, que deciden por unanimidad o por mayoría. Esto acontece en el seno de las comisiones intersecretariales, como el Consejo Nacional de Población. En este están representadas varias secretarías de Estado...*” (Nava Negrete, Alfonso; “Derecho Administrativo Mexicano”, edit. Fondo de Cultura Económica, 3era ed., 2007 - [1era. ed. electrónica, 2011, kindle, localización 7273-7276].

5.3.1.- Por tanto, es correcto que el recurso de apelación en sede administrativa, tenga para ser resuelto un término mayor que el general de quince días, toda vez, como sucede con frecuencia, no es resuelto **de manera simple** (por un funcionario público, con funciones permanentes), **sino de manera colectiva** (esto es intervienen varios funcionarios públicos, que pertenecen a la misma institución), **e incluso compleja** (esto es intervienen varios funcionarios públicos, que no pertenecen a la misma institución), como efectivamente sucede

en el presente caso, donde el organismo que debía resolver sobre el recurso de apelación en sede administrativa fue el CONARTEL, que está integrado por: a) El delegado del Presidente de la República, quien lo presidirá; b) El Ministro de Educación y Cultura o su delegado; c) Un delegado del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, que será un oficial general o superior en servicio activo; y, d) El Superintendente de Telecomunicaciones, conforme el artículo 5-B de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

5.4. Por todo lo anterior, es claro que cuando el CONARTEL resuelve un recurso de apelación administrativo, está expidiendo un “acto administrativo complejo”, que evidentemente tiene que tener un plazo superior al general de quince días, lo cual está contemplado tanto en el primer inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con los artículos 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, y 177 numeral segundo del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

5.5. No es por tanto cierto, lo aseverado en la sentencia de instancia en su considerando cuarto, cuando se afirma que “*Ahora bien, si el recurso fue interpuesto el lunes 6 de julio de 2009, la administración tenía 15 días hábiles para resolverlo; término que fenecía el 27 de julio de 2009, por consiguiente si el 31 de julio de 2009 se hizo la diligencia notarial y en ella se certificó que el recurso habría sido resuelto el 22 de julio de 2009, sin que la correspondiente resolución haya sido notificada hasta esa fecha, es evidente que ningún efecto jurídico podría tener esa decisión si la publicidad era posterior al 27 de julio de 2009. Lo cual obviamente, permite establecer que la entidad ha reconocido expresamente que no existió resolución eficaz hasta el 31 de julio de 2009, fecha en la que ya había transcurrido con exceso el término para decidir el recurso interpuesto por la actora...*”, **pues como ya se ha explicado, la administración tenía dos meses, y no quince días, para resolver el recurso de apelación propuesto por CRATEL C.A., lo cual sí se dio al haber sido notificada dicha resolución el 31 de julio de 2009.** 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 Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, **y por tanto casa la sentencia impugnada de 1 de marzo de 2010, 11h50, de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1 con sede en la ciudad de Quito.** 2) En consecuencia, y conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, **se declara legal la Resolución nro. ST-2009-0172 de 25 de junio de 2009 emitida por el Superintendente de Telecomunicaciones. Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueces y Jueza Nacionales.**

II

Juicio nro. 11484

Juicio contencioso administrativo propuesto por el señor Segundo Iván Morales Parra por sus propios derechos y en representación de sus hijos menores de edad en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

SÍNTESIS:

El actor presentó una comunicación dirigida al señor Director General del IESS, solicitándole el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el fallecimiento de su cónyuge. La demandada negó el petitorio indicando que, previamente, se realizó un examen especial que investigó los procedimientos en la atención médica practicada. En este informe se señalan anomalías en el protocolo de la intervención médica a cargo del médico anesthesiólogo, lo que devino en la sanción administrativa correspondiente por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, estima el fallo de mayoría de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino, que no existe el nexo causal probado, uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que de paso al deber de reparar. Por lo que rechaza el recurso de casación. En el fallo de minoría; estima la Sala que resulta evidente en estos casos de prestación deficiente de servicios públicos de salud, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión, esto es la institución médica de que se trata; por lo que hay una desigualdad real entre el/la paciente víctima del daño y el hospital donde se realiza la intervención médica, con relación a la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del caso concreto, así como la valoración técnica-científica que se haya realizado conforme la *lex artis*. Resulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de *probatio diabólica*. Así, la moderna doctrina procesal nos enseña que: “C) CARGAS DINÁMICAS. La moderna doctrina procesal coloca la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos

apto para hacerlo. Acepta el recurso interpuesto y acepta la demanda.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juez Ponente: Dr. Patricio Secaira Durango.

TRIBUNAL DISTRITAL nro. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SEGUNDA SALA. Quito, 15 de enero de 2010. Las 09h59.

VISTOS: Segundo Iván Morales Parra, por sus propios derechos y en representación de sus hijos menores de edad: Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa; formula demanda en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) en la persona de su Director General, pidiendo se cuente con el Procurador General del Estado. Afirma que, su esposa, que en vida se llamó Inés Olivia Atahualpa Mejía, ingresó al Servicio de Urgencias del Hospital Carlos Andrade Marín el 2 de julio de 1999, buscando atención ya que se encontraba con embarazo de 32 semanas 6 días de gestación; fecha desde la cual se puso en situación dramática, constatando que el personal estaba compuesto por jóvenes residentes que no demostraban tener una sólida formación profesional. Que, el jueves 7 de julio de 1999 a las 18h00, que por última vez dialogó con su esposa, preguntó al médico de turno si procede o no la cesárea, que le manifestó que al siguiente día le operaban, sin señalar la hora. Que, la negligencia médica fue más notoria desde el 2 al 7 de julio de 1999, por cuanto no existió un plan de anestesia que iba a usarse, no se llenaron los datos ni se dejó constancia de la grave complicación presentada por la paciente y las manipulaciones a las que fue sometida. Que, el 8 de julio de 1999 a las 09h15 fue sometida a cesárea sin ninguna evaluación, obteniéndose el nacimiento de un hijo vivo masculino; pero, por el exceso de anestesia al final de la intervención la paciente presenta paro respiratorio que es asistido por el Médico Anesthesiólogo Patricio Muñoz Izurieta, que según la Historia Clínica se indica que sale del paro respiratorio a las 10h25; que, en la hoja de anestesia no se han llenado todos los datos ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada. Que, de acuerdo al protocolo, la cesárea fue realizada entre las 10h15 y 11h15, mientras que en la hoja de anestesia consta que la intervención se realizó a las 09h15 hasta las 10h35, existiendo contradicción entre los datos. Que, en todos los casos en los que se realiza un ingreso para observación deben constar, en la Historia Clínica notas de evolución que evidencian lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente; sin que tales datos consten en ese documento; lo que demuestra que actuaron en forma negligente. Durante la intervención debe encontrarse en la hoja de anestesia el detalle de los procedimientos utilizados y, de presentarse, de las complicaciones. Que, los registros operatorios incompletos, no permiten una evaluación posterior adecuada. Que, al no especificarse en el protocolo operatorio si la cesárea fue electiva, emergente o programada, ni incluirse en este, los procedimientos a los

que fue sometida la paciente, por parte de la Unidad Médica de Anestesiología del Hospital del IESS, que atendió a su cónyuge, durante la complicación presentada luego de la operación, las que debieron ser incluidas en la historia clínica, pues no se aplicaron los estándares para la práctica de anestesiología en los hospitales y centros de atención ambulatoria del IESS, especialmente en los Servicios de Obstetricia y Anestesia, evidenciando que el caso no se evaluó adecuadamente para garantizar una intervención satisfactoria. Que, la condición de salud de su cónyuge fue grave, por cuanto ingresa el 8-07-1999 a las 12h00 a la Unidad de Cuidados Intensivos, se encuentra entubada con asistencia ventilatoria mecánica, con actividad eléctrica sin pulso, esto es el corazón no estaba latiendo; unidad en la que se realiza reanimación y se recupera el pulso. Unidad en la que la paciente adquiere una infección pulmonar nosocomial, cognitivo y conductual. Que, en esa unidad estuvo desde el 8 al 27 de julio de 1999. Que, el Jefe de Servicio de Neurología señala que dicho Servicio recibió a la paciente el 99-10-07 e indica en la Historia Clínica que asume el cuidado de una paciente con complicaciones neurológicas, sin haber participado en su atención previa, quedando en evidencia que el Jefe de ese Servicio desde el inicio opuso resistencia para que la paciente tenga atención médica; no le quisieron tener en el Centro de Salud; en la Historia Clínica constancia el alta dispuesta por los médicos; por lo que la paciente salió el 28 de diciembre de 1999, fecha desde la que asumió todos los gastos para su atención médica, ya que decía periódicamente concurrir a especialistas, pagar fisioterapeuta, enfermera, gasas, pañales, alimentación especial. No pudo caminar, no pudo hablar. Durante todo ese período dice, no existió autoridad o funcionario del IESS que por acto humanitario conozca la situación en que se encontraba su mujer, el recién nacido, que no pudo conocer a su madre. Que, como consecuencia de la mala práctica médica Inés Olivia Atahualpa Mejía falleció el 17 de diciembre de 2002. No es justo que el IESS, por este deficiente servicio cobre por la atención médica para dejarle a la paciente, inválida, en estado vegetal, para fallecer dejando en la orfandad a sus tres hijos. Que, con el fin de aplacar de alguna manera el dolor por los actos de negligencia o de otra naturaleza, “la Constitución de la República en su artículo 20, contempla la indemnización en reparación de los perjuicios ocasionados, ya que el bien protegido es la vida que en el presente caso se ha violentado la existencia normal y ha conducido a la pérdida de la vida por acciones provenientes de acción humana, no por fuerza mayor o caso fortuito por lo que es inobjetable el derecho a la indemnización por el mal causado, muy a pesar que hasta la actualidad me encuentro pagando la atención médica ocasionada en el Hospital Carlos Andrade Marín y serie de intervenciones mal realizadas por negligencia, actos que determinaron el estado vegetativo y posterior muerte de mi cónyuge”. Con fecha 28 de enero de 2004, presenté una comunicación dirigida al señor Director General del IESS, solicitándole el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el consi-

guiente fallecimiento de su cónyuge, el cual fue recibido en la Dirección General el 29 de enero de 2004, petición fundada en el artículo 20 de la Constitución. Con oficio nro. 12000000-0492 de 3 de marzo de 2004, dicho Director le niega la petición formulada. Que, en vista de que no recibí contestación alguna dentro de los quince días establecidos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, solicité la certificación del vencimiento del término que tenía el IESS para contestar su petición; la cual obtiene respuesta en oficio nro. 12000000-0571 de 19 de marzo de 2004, en el que se niega por improcedente su petición. Que al no haber logrado lo solicitado, concurrió ante un Juez de lo Civil de Pichincha para que se requiera el otorgamiento de la certificación, sin lograrlo, lo cual ratifica el silencio administrativo. Con fundamento en las disposiciones normativas señaladas pide que, por cuanto ha sido resuelto favorablemente su derecho y el de sus hijos, a que el IESS les pague una indemnización de quinientos mil dólares por los perjuicios irrogados a Inés Olivia Atahualpa Mejía, como consecuencia de la ineficiente prestación de servicios médicos y el consiguiente fallecimiento, previo al trámite de Ley, se dispondrá que la entidad demandada proceda a realizar el pago de ese valor, mediante la presente acción de ejecución, dice, que es muy diferente a la de conocimiento. Calificada la demanda y citados los accionados contestan: El Procurador General del Estado, señalando domicilio para notificaciones futuras. El Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), manifestando que la demanda nada tiene que ver con la presunta mala práctica médica que por si no constituye acto de la administración pública y no rige para el IESS ya que por mandato constitucional no es dependencia de la Función Ejecutiva, por lo que las disposiciones mencionadas por el actor no constituyen fundamentos de derecho. Que el silencio administrativo no opera en casos como este, ya que la Ley ha previsto un trámite distinto. Que el actor no le asiste ningún derecho, más aun si la denuncia la presenta después de cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica médica y a más de un año del fallecimiento de la cónyuge, cuando las supuestas evidencias han desaparecido. Propone como excepciones: 1) Negativa de los fundamentos de la demanda, 2) Improcedencia e inadmisibilidad de la demanda, 3) El IESS no ha ocasionado ni irrogado perjuicio al actor ni prestación deficiente del servicio, 4) Caducidad, pues su reclamo lo hace después de cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica, 5) Caducidad de acuerdo al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 6) La demanda no llena los requisitos de ley, 7) No se allana a nulidades que alega, 8) El actor no impugna ningún acto administrativo que haya causado estado, se refiere únicamente a un hecho administrativo, 9) El actor no cumplió el procedimiento judicial que demuestre el haberle causado perjuicio, 10) Incompetencia del Tribunal en razón de la materia, 11) Que ninguna persona puede ser distraída del juez competente, 12) Falta de derecho del actor para demandar, toda vez que no existe declaratoria judicial que determine dolo o culpa grave,

13) Supremacía y obligatoriedad de aplicar las normas constitucionales. Pide se rechace la demanda. La causa se encuentra en estado de dictar sentencia para lo cual la Sala considera: **PRIMERO:** El Tribunal es competente para conocer y resolver el presente asunto, en razón de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado; lo cual ha sido reiteradamente establecido en sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo y Salas de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia. La Sala tiene asegurada la suya por el sorteo realizado. **SEGUNDO:** No se observa en la tramitación de la causa la omisión de solemnidades o procedimiento alguno que pueda incidir en la decisión de la causa, por lo que, se declara la validez del proceso. **TERCERO:** Es preciso determinar, de modo previo, que los hechos administrativos pueden generar efectos dañosos a terceros, mismos que son indemnizables en los términos del artículo 20 de la Constitución Política (1998), vigente a la fecha en que se habría producido los denunciados. Para ese efecto existe la posibilidad de que el administrado que cree afectados sus derechos o que ha sufrido un perjuicio, pueda demandar las indemnizaciones de daños y perjuicios, de modo directo; en un juicio que, aunque de naturaleza civil, su competencia la tienen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo según informa el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y lo ha ratificado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia. No obstante, es posible también que el administrado concurra, usando su derecho de petición, ante la Administración que estima es la causante de los daños causados a formular reclamo administrativo, el cual puede concluir con la emisión de un acto administrativo negativo a sus pretensiones; caso en el cual se acciona el derecho de tutela judicial efectiva, por medio del cual puede impugnarse por vía jurisdiccional, tal acto negativo, para que sea dejado sin efecto y se reconozcan sus derechos indemnizatorios. En el primer caso, el tiempo para demandar es el de cinco años, así lo establecen el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se refiere a las controversias derivadas de contratos u otras de competencia de los Tribunales Distritales. Lo cual no corresponde al caso. En el caso de la impugnación del acto negativo, es el recurso subjetivo o de plena jurisdicción el que debe usarse dentro del término de noventa días, según señala el mismo artículo. Lo cual no corresponde al caso, pues la acción se dirige a que se reconozca la ocurrencia del silencio administrativo positivo; para lo cual también es aplicable el plazo de cinco años, contados a partir de la fecha en que se produjo el silencio administrativo positivo; lo cual es precisamente materia de esta litis y de la presente sentencia. El actor, en su demanda señala que su esposa, Inés Olivia Atahualpa Mejía, ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín, de propiedad del IESS, el 2 de julio de 1999, para recibir atención médica. Que, fue sometida a cesárea el 8 de julio de 1999, intervención en la cual se habría cometido, por negligencia una mala práctica médica lo que constituye una prestación deficiente del servicio, producto de la cual quedó en estado vegetal; mismo que con-

dujo a su fallecimiento el 17 de diciembre de 2002. Señala así mismo que formuló reclamo indemnizatorio, por tales hechos, el 28 de enero de 2004. Estos elementos permiten colegir, a la Sala, que la “mala práctica médica” o deficiente prestación de servicios denunciada se habría producido al tiempo en que se realizó la intervención cesárea; esto es, el 8 de julio de 1999. En consecuencia, tanto la reclamación administrativa, como la demanda (presentada el 13 de mayo de 2004), han sido presentadas dentro de término; sin que por tanto exista la excepcionada caducidad, la cual se la desestima. **CUARTO:** La demanda cumple los requisitos de Ley, así lo estableció el Magistrado de Sustanciación al tiempo de calificar la demanda y lo confirma la Sala en esta oportunidad, por lo que, se desestima la excepción planteada en este sentido. **QUINTO:** Del proceso consta la petición dirigida al Director General del IESS, recibida el 29 de enero de 2004, suscrita por Segundo Iván Martínez Parra, por sus propios derechos y por lo que representa de sus hijos menores de edad Iván Andrés, Anthony Javier y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa; por el cual, amparado en el artículo 20 de la Constitución Política, 109 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y, 28 de la Ley de Modernización del Estado, expone los hechos acontecidos con su esposa, en la prestación médica que recibiera en el Hospital Carlos Andrade Marín, cuya consecuencia fue que la paciente quedara inválida para posteriormente fallecer. En tal petición el administrado solicita que se ordene el pago de la indemnización por los perjuicios irrogados a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía “como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios médicos realizados en el Hospital Carlos Andrade Marín y de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos en tales servicios, y por consiguiente y posterior muerte de mi mujer tantas veces nombrada, las indemnizaciones las fijo en la cantidad de QUINIENTOS MIL DÓLARES, como efecto de la cesárea mal practicada, con la anestesia no apropiada, ya que nuestros hijos no pudieron volver a ver a su madre con toda la plenitud de vitalidad que permiten su desarrollo” (p. 129 a 134). Petición que fuera contestada en oficio nro. 12000000-0492 de 3 de marzo de 2004 suscrito por el Director General del IESS (p. 137), dirigido al abogado Segundo Iván Morales Parra, en calidad de Abogado del IESS, por el que indica al administrado que: a) el representante legal del IESS es su Director General y que no obstante la petición ha sido dirigida al Presidente del órgano de Gobierno; b) Que siendo abogado de profesión fija casillero judicial pero sin firma de un patrocinador; y, 3) Que luego de haber conocido del reclamo solicitó informe a Procuraduría General del IESS constante en oficio nro. 64000000-0428 de 1 de marzo de 2004, con el cual concuerda; por lo que, pese a la extemporaneidad del pedido, le pide que presente de inmediato los documentos justificativos de sus afirmaciones, “pues es asombroso que su petición de indemnización la efectúe a los cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica médica; así como luego de 13 meses de fallecida su señora

esposa, cuando las evidencias reales, directas y objetivas del hecho desaparecieron con la inhumación y sepultura del cadáver". El mismo 3 de marzo de 2004, el actor presenta solicitud de que se otorgue la certificación a la que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (p.135); pedido que obtiene respuesta en oficio nro. 12000000-0571 de 19 de marzo de 2004, en el que se niega por improcedente su petición. Consta del proceso copia certificada del oficio nro. 64000000-0428 de 1 de marzo de 2004, suscrito por el Procurador General del IESS, al que se hace referencia anteriormente (p.165 a 169). Consta así mismo el requerimiento judicial efectuado para lograr el otorgamiento de la certificación que refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, sin que tampoco se haya insistido en su otorgamiento ni otorgado tal documento. La comparecencia del actor se encuentra justificada así como el vínculo matrimonial que tenía con la fallecida; y la representación legal de sus hijos; lo cual está probado con las partidas de matrimonio, defunción y nacimiento respectivas. **SEXTO:** Ha señalado la jurisprudencia y consecuentemente, no explica que, de haberse producido la emisión oportuna de un acto administrativo regular, por el cual se hubiere atendido favorablemente el pedido, éste debe ser legal y válido; en ese caso opera el efecto positivo del silencio; pero si la respuesta favorable a la solicitud del administrado fuere contraria a derecho, estuviere viciada de ilegalidad; el efecto positivo del silencio administrativo no se genera. En el caso, el reclamo administrativo presentado por el actor tiene como pretensión el pago de indemnizaciones por la prestación deficiente de un servicio público, al haber ocurrido una mala práctica medida al tiempo en que se practicó una cesárea a su esposa. El aviso de la mala práctica médica requiere necesariamente un trámite administrativo, esto es la emisión de informes de las distintas unidades, un proceso investigativo del cual aparezca efectivamente la existencia de la mala práctica y con ello se concluya en la deficiente prestación de un servicio público. Información que permite a la autoridad emitir un pronunciamiento o resolución respecto de las pretensiones del administrado, las que en el caso, incluso, contiene ya una cuantificación de los perjuicios que se le habrían ocasionado. En la especie, aparece del expediente, como se ha señalado antes, la evidente preocupación del IESS de investigar el caso aun antes de que el actor formule su reclamo administrativo indemnizatorio; así aparece del examen especial de auditoría practicado al caso, cuyo resultado es puesto en conocimiento del Director General del IESS en oficio de 25 de octubre de 2001 (p.239 a 257); esto es más de un año antes de que se produzca el lamentable fallecimiento de la paciente; y, más de dos años antes de que se presente tal reclamo; informe en el que no se llega a determinar la existencia de una deficiente prestación del servicio público, aunque si omisiones en la información que debió contener el protocolo médico del caso lo cual mereció una sanción leve a uno de los médicos. Si se entiende que toda intervención quirúrgica tiene, en mayor o menor grado, evidentes riesgos que se explican en la literatura médica. Los

pacientes y familiares que consienten su práctica, asumen también los riesgos propios de esa clase de actividad. Desde luego, caso distinto es cuando se establece fehacientemente la negligencia, la incuria o el descuido en la atención médica, pues ello no solo puede ser materia de indemnizaciones patrimoniales sino incluso de los pertinentes enjuiciamientos penales. En el caso que se juzga, no hay duda que la cónyuge del actor ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín a recibir atención médica especializada por su avanzado estado de gravidez y que en ese nosocomio obtuvo tal atención, habiéndosele practicado una operación cesárea del que se obtuvo un hijo varón sano. Es decir la atención médica brindada, constituye acto absolutamente legal ya que para ello existe esta clase de centros médicos de alta complejidad; de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud. En la especie, la única base documental que brinda información al respecto es la Historia Clínica de la paciente y el protocolo operatorio; documentos que solo describen la atención brindada, los datos de lo que ocurrió en la cirugía e inmediatamente después; así como su ingreso de la paciente a la Unidad de Terapia Intensiva. El informe de Examen Especial practicado por la auditoría interna del IESS "a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía...", concluye, coincidiendo con la demás información documental en que, de las varias actividades realizadas, la paciente presentó "paro cardiorrespiratorio al final del acto quirúrgico, cuyas causas no se pueden determinar con exactitud"; que, una Comisión de Evaluación Médica del HCAM opina que podrían plantearse dos probables causas del compromiso hemodinámico y respiratorio que ocasionó problemas neurológicos, como son: reacción exagerada, idiosincrática, al tipo de anestesia utilizado. Tromboembolia pulmonar, complicación frecuente en pacientes embarazadas. La Unidad de Auditoría señala en su informe que se inhibe de emitir un criterio técnico acerca de la supuesta negligencia o mala práctica médica que señala el doctor Iván Morales Parra, cónyuge de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía. Así mismo se establece, en el citado informe, que los protocolos médicos de anestesiología están incompletos ya que no contienen toda la información requerida para una evaluación posterior. De lo señalado, la Sala puede colegir que, existiendo el informe de auditoría médica que no señala la existencia de mala práctica médica y por tanto de una deficiente prestación de servicio público, resulta claro que el Director General del IESS, estaba impedido de expedir una resolución administrativa atendiendo favorablemente la pretensión del administrado, hecha a su nombre y en el de sus hijos; ésta autoridad, con sustento en tales informes, solo podía negar la petición indemnizatoria; por consecuencia de ello, la falta de respuesta oportuna no podía generar el efecto positivo del silencio administrativo; pues materialmente no existía justificativo sobre la prestación deficiente del servicio y peor aún de la cuantificación de los daños reclamados. La doctrina general del silencio

administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos, para determinar la existencia del hecho dañoso y los perjuicios ocasionados a terceros que no tienen obligación jurídica de soportarlos. No está por demás señalar que el Tribunal Constitucional concedió un recurso de amparo constitucional (21-agosto de 2000. Pág. 262 a 265), promovido por el actor y dispuso al IESS que atienda a la paciente, cónyuge del actor, incluso en el evento que éste deje de prestar servicios en esa entidad, con sujeción al contrato colectivo. Sin más consideraciones la Sala **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con base en las consideraciones anteriores, inadmite la demanda por improcedente. Sin costas. **Notifíquese.**

f) **Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Carlos Abad Garcés, Dra. Sabett Chamoun Villacrés. Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 09 de mayo de 2013. Las 11h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución nro. 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 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2012. El abogado Iván Morales Parra, por sus propios derechos y como representante de sus hijos menores de edad, Iván Andrés, Anthony Javier y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, que, por improcedente, inadmitió la demanda del recurrente, presentada en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que pretendía la reparación por los daños sufridos como consecuencia de la muerte de su cónyuge, señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, provocada, según el demandante, por negligencia médica en la atención recibida en el Hospital Carlos Andrade Marín regentado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; en lo que respecta a la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 16, 17, 18, 19, 24, 17, 47, 49, 55, 57, 92, 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de 1998; y, 66, 76.23 y 82 de la Constitución de la República de 2008; adicionalmente, por erró-

nea interpretación de los artículos 20 de la Constitución Política de 1998 y 28 de la Ley de Modernización. En lo que se refiere a la causal tercera, recurre por falta de aplicación de los artículos 113, 114, 115, 117, y 274 del Código de Procedimiento Civil. En lo principal, sostiene que en la sentencia no se toma en cuenta la supremacía de las normas constitucionales; que al no haber reconocido la responsabilidad del médico anesthesiólogo en la muerte de su cónyuge, se da a entender que en el Ecuador no se respetan los derechos humanos de las personas. Que el Tribunal de instancia, al no reconocer la negligencia médica, está encubriendo al responsable al inadmitir la demanda. Que los juzgadores de instancia estaban obligados a verificar si el servicio médico brindado a la paciente fue de buena calidad o existió negligencia. Además, que la sentencia no tiene la motivación suficiente en principios y normas jurídicas, desconociendo que la vida es el primer derecho fundamental. Por otro lado, afirma que, pese a existir la afirmación por parte de la misma institución demandada de la existencia de errores en el procedimiento médico imputables al anesthesiólogo, “la sentencia en forma errónea aplica la norma invocada (artículo 20 de la Constitución Política de 1998), por aplicar (sic) de esa forma no dispone el pago de las indemnizaciones (...)”. En este sentido, dice el recurrente, la sentencia recurrida señala que no existe prueba de la mala práctica médica, “cuando de autos y en especial el examen especial (sic) practicado a la atención brindada a la paciente Inés Atahualpa Mejía establece responsables”. En definitiva, reitera en su extenso escrito que la sentencia no ha reconocido la vulneración del derecho a la vida cometida por la negligencia médica expresamente aceptada por los representantes de la institución demandada. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 18 de noviembre de 2010, admitió a trámite el recurso interpuesto. 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 de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** La Segunda Sala del Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia materia de este recurso, resolvió inadmitir la demanda por improcedente al considerar que no existe ningún elemento probatorio que justifique las alegaciones del demandante y tampoco éste ha aportado alguna prueba al respecto; y que informe de auditoría médica no señala la existencia de mala práctica médica que configure una deficiente prestación del servicio; circunstancia que tampoco podía haber sido reconocida en sede administrativa por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que no cabe el reconocimiento del silencio positivo a favor del actor de la causa. **TERCERO:** El problema central que esta Sala debe responder es si, de conformidad a los argumentos expuestos por el recurrente que fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, existen,

dentro del proceso, elementos probatorios que conduzcan determinadamente a establecer la responsabilidad en la institución demandada por daños causados por la presunta deficiencia en la atención médica de la cónyuge del demandante de acuerdo a su pretensión; y, si existe la prueba suficiente del nexo causal, como elemento necesario que configure la responsabilidad de la demandada, en el informe de auditoría médica. **3.1.** El artículo 20 de la Constitución Política de la República, vigente hasta el año 2008, establecía el principio de responsabilidad objetiva del Estado, de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les causaren los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Este régimen de responsabilidad extracontractual guarda estrecha relación con las razones fundamentales que explican la existencia misma del Estado. Este régimen determina que si existe un hecho dañino, que causa perjuicios indemnizables a un particular, que atribuya jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar los perjuicios, sean éstos materiales o inmateriales. Entonces, lo que se deberá determinar para llegar a concluir que existe el deber de reparación es la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular. Queda claro, entonces, que la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen; y, la carga de la prueba, obligadamente está en manos del demandante. No será suficiente la sola mención de la existencia de los hechos para hacer efectiva la aplicación del referido artículo 20 de la Carta Fundamental anterior. **3.2.** Por las circunstancias propias del proceso que se analiza y en atención a los cargos hechos por el recurrente en contra de la sentencia, es necesario enfocarse en el elemento causal necesario para la existencia de la responsabilidad. Sin nos referimos al nexo causal y a la imputación del hecho dañino, es necesario verificar que la causa del daño pueda ser atribuible a la acción u omisión del Estado o a sus agentes. La carga probatoria de la causalidad o del nexo causal recae invariablemente en quien demanda. La diferencia entre causalidad e imputación radica en que por la primera se busca saber qué causó el daño, mientras que por el segundo lo que se quiere es averiguar quién debe responder por el daño. La causalidad permite establecer el nexo material, físico o natural entre un antecedente y un resultado; mientras que la imputación permite hacer una consideración jurídica para determinar quién debe responder. Sin embargo, responder a la interrogante de

cuál de los hechos o abstenciones debe considerarse jurídicamente la causa del daño, no resulta sencillo, porque un daño no es normalmente el efecto de una sola causa, sino que es el resultado de una multitud de acciones y omisiones. Se debe, por tanto, encontrar el nexo causal que una el daño sufrido por la víctima con un hecho imputable al demandado. El problema para el jurista consiste en investigar las condiciones según las cuales el daño puede ser atribuido “jurídicamente” al hecho del demandado, pues al Derecho solo le interesa el nexo causal en la medida en que sirve para fundamentar una obligación de resarcimiento a cargo del demandado. Si el daño no puede ser atribuido al demandado, este no debe ser obligado a indemnizarlo. Es aquí donde la doctrina y la jurisprudencia extranjera, alemana, francesa y colombiana, sobre todo, han elaborado y seguido principalmente dos teorías que coadyuvan a solucionar el problema de la atribución jurídica de un daño a partir de encontrar el nexo causal: la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada. La primera, que nace en el campo de la filosofía, planteada inicialmente por el penalista alemán Von Bury, entre los años 1860 y 1885, y que plantea que son múltiples las condiciones necesarias para que se produzca un resultado dañoso y que si todas ellas han sido condición necesaria para el resultado tiene un valor causal equivalente, no siendo importante su participación inmediata o mediata, ha sido desechada en la actualidad bajo la crítica fundamental de que, bajo esta teoría, se podría encontrar responsables hasta el infinito. La segunda teoría, utilizada en la actualidad, formulada por el filósofo alemán Von Kries, busca superar la anterior y enuncia que no es cierto que todos los elementos o antecedentes que concurren a la producción del daño son condición necesaria para un resultado, por lo que no pueden tener valor causal idéntico; solo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo. Es decir que para que un hecho u omisión sean causa de un daño debe ser condición necesaria del resultado, pero adicionalmente que, conforme a las reglas de la experiencia, en un curso normal de los acontecimientos, fuera esperable ese resultado. En el presente caso, es preciso determinar la existencia de causalidad entre una y el resultado lesivo. **3.3.** El recurrente ha hecho mención del “Informe del examen especial a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía”, y la cataloga como prueba fundamental de la presunta negligencia médica que produjo la muerte de su cónyuge. En este informe, que obra de fojas 239 a 257 del proceso, se señalan anomalías en el protocolo de la intervención médica a cargo del médico anestesiólogo, lo que devino en la sanción administrativa correspondiente por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, a la luz de los planteamientos teóricos que quedan señalados en esta sentencia sobre el tema de la causalidad, no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino. No es posible

presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada. Por tanto, al no existir el nexo causal probado, uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, 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**, rechaza el recurso de casación. Sin costas. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) **Dr. José Suing Nagua, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, (Voto Salvado). Jueza y Jueces Nacionales.**

**VOTO SALVADO DEL SEÑOR
DOCTOR ÁLVARO OJEDA HIDALGO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 09 de mayo de 2013. Las 11h00.

Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

VISTOS: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución nro. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones nro. 1-2012 de 30 de enero del 2012, y nro. 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, acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: 1.1.** El 15 de enero de 2010, 09h59, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 1 con sede en la ciudad de Quito, emitió sentencia dentro de la causa seguida por el señor Segundo Iván Morales Parra, quien interviene por sus propios derechos y en representación de sus tres hijos menores de edad: Iván Andrés, Anthony Javier y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), pidiendo que se cuente con el Procurador General del Estado, y resolvió: “con base en las consideraciones anteriores, inadmite la demanda por improcedente”. **1.2.** La sentencia impugnada, en su parte considerativa, en el considerando sexto (que mezcla indistintamente -y aquí se los separa- instituciones administrativas diversas, como son “el silencio administrativo positivo”

con “el mal funcionamiento de un servicio público de salud”) determina que: **1.2.1. “SEXTO.** Ha señalado la jurisprudencia y la doctrina **que entre los requisitos fundamentales para que opere el silencio administrativo positivo es que la petición haya sido dirigida a Autoridad competente y que las pretensiones del administrado no sean contrarias a derecho.** Consecuentemente, se explica que, de haberse producido la emisión oportuna de un acto administrativo regular, por el cual se hubiere atendido favorablemente el pedido, éste debe ser legal y válido; en este caso opera el efecto positivo del silencio; pero si la respuesta favorable a la solicitud del administrado fuere contraria a derecho, estuviere viciada de ilegalidad; el efecto positivo del silencio administrativo no se genera. En el caso, el reclamo administrativo presentado por el actor tiene como pretensión el pago de indemnizaciones por la prestación deficiente de un servicio público, al haber ocurrido una mala práctica médica al tiempo en que se practicó una cesárea a su esposa. **El aviso de la mala práctica médica requiere necesariamente un trámite administrativo; esto es la emisión de informes de las distintas unidades, un proceso investigativo del cual aparezca efectivamente la existencia de la mala práctica y con ello se concluya en la deficiente prestación de un servicio público. Información que permite a la autoridad emitir un pronunciamiento o resolución respecto de las pretensiones del administrado; las que en el caso, incluso, contiene ya una cuantificación de los perjuicios que se le habrían ocasionado. En la especie, aparece del expediente, como se ha señalado antes, la evidente preocupación del IESS de investigar el caso aun antes de que el actor formule su reclamo administrativo indemnizatorio;”.** **1.2.2. “La doctrina general del silencio administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos, para determinar la existencia del hecho dañoso y los perjuicios ocasionados a terceros que no tienen obligación jurídica de soportarlos.”.** **1.2.3 “así aparece del examen especial de auditoría practicado al caso, cuyo resultado es puesto en conocimiento del Director General del IESS en oficio de 25 de octubre de 2001 (p. 239 a 257); esto es más de un año antes de que se produzca el lamentable fallecimiento de la paciente; y, más de dos años antes de que se presente tal reclamo; informe en el que no se llega a determinar la existencia de una deficiente prestación del servicio público, aunque si omisiones en la información que debió contener el protocolo médico del caso lo cual mereció una sanción leve a uno de los médicos. Si se entiende que toda intervención quirúrgica tiene, en mayor o menor grado, evidentes riesgos que se explican en la literatura médica. Los pacientes y familiares que consienten su práctica, asumen también los riesgos propios de esa clase de actividad. Desde luego, caso distinto es cuando se establece fehacientemente la negligencia, la incuria o el descuido en la atención médica, pues ello no solo puede ser materia de indemnizaciones patrimoniales sino incluso de los pertinentes enjuiciamientos penales. En el caso**

que se juzga, no hay duda que la cónyuge del actor ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín a recibir atención médica especializada por su avanzado estado de gravidez y que en ese nosocomio obtuvo tal atención, habiéndosele practicado una operación cesárea del que se obtuvo un hijo varón sano. Es decir la atención médica brindada, constituye acto absolutamente legal ya que para ello existe esta clase de centros médicos de alta complejidad;”. 1.2.4. **“El informe de Examen Especial practicado por la auditoría interna del IESS “a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía...”, concluye, coincidiendo con la demás información documental en que, de las varias actividades realizadas, la paciente presentó “paro cardiorespiratorio al final del acto quirúrgico, cuyas causas no se pueden determinar con exactitud”; que, una Comisión de Evaluación Médica del HCAM opina que podrían plantearse dos probables causas del compromiso hemodinámico y respiratorio que ocasionó problemas neurológicos, como son: reacción exagerada, idiosincrática, al tipo de anestesia utilizado. Tromboembolia pulmonar, complicación frecuente en pacientes embarazadas. La Unidad de Auditoría señala en su informe que se inhibe de emitir un criterio técnico acerca de la supuesta negligencia o mala práctica médica que señala el doctor Iván Morales Parra, cónyuge de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía.”. 1.2.5. “Asimismo se establece, en el citado informe que los protocolos médicos de anestesiología están incompletos ya que no contienen toda la información requerida para una evaluación posterior. De lo señalado, la Sala puede colegir que, existiendo el informe de auditoría médica que no señala la existencia de mala práctica médica y por tanto de una deficiente prestación de servicio público, resulta claro que el Director General del IESS, estaba impedido de expedir una resolución administrativa atendiendo favorablemente la pretensión del administrado, hecha a su nombre y en el de sus hijos: esta autoridad, con sustento en tales informes, solo podía negar la petición indemnizatoria; por consecuencia de ello, la falta de respuesta oportuna no podía generar el efecto positivo del silencio administrativo; pues materialmente no existía justificativo sobre la prestación deficiente del servicio y peor aún de la cuantificación de los daños reclamados.”. 1.2.6. “de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud. En la especie, la única base documental que brinda información al respecto es la historia clínica de la paciente y el protocolo operatorio; documentos que solo describen la atención brindada, los datos de lo que ocurrió en la cirugía e inmediatamente después; así como su ingreso de la paciente a la Unidad de Terapia intensiva.”. (Las negrillas y el subrayado son nuestros). **SEGUNDO:** El señor Morales Parra presenta el recurso de casación, y entre otros aspectos, menciona que: 2.1. “...Señores Magistrados qué acto se podía impugnar si el Instituto no hizo absolutamente nada, nunca me comunicaron del examen especial, todo era un secreto, querían ocultar el sol con un**

dado, bien manifiesta la sentencia que el 25 de octubre del 2001 ponen en conocimiento del Director General, este famoso examen de auditoría, pero no indica que este examen de auditoría no pusieron en conocimiento de los afectados, por cuanto la sentencia atacada no aplica el precepto constitucional invocado e INADMITE LA DEMANDA, contraviniendo expresa norma constitucional, ruego verificar que todo este examen se lo realiza en el año 2001; me hago una pregunta, si no tenía ningún documento o acto administrativo como podía demandar al IESS, si nunca me dieron contestación a mis requerimientos, al contrario el Representante del Instituto y sus funcionarios pedían pruebas de la mala práctica médica, dando a entender que he participado en la operación; solicitan algo imposible que reviva mi cónyuge para que ella diga que pasó realmente, para los demandados el caso contuvo con la inhumación del cadáver de mi mujer, es indiscutible que existió abuso de poder, por lo que pido a los señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia tomen en cuenta del particular en la sentencia. Falta de aplicación del art. 120 de la Constitución de la República de 1998 establece: “No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”. 2.2. “Al respecto la sentencia en el acápite SEXTO en su parte pertinente señala: “... Informe en el que no se llega a determinar la existencia de una deficiente prestación del servicio público, aunque si omisiones en la información que debió contener el protocolo médico del caso lo cual mereció una sanción leve a uno de los médicos...” al respecto la sentencia atacada acepta que existió omisiones en la atención médica pero no determina responsabilidades de esas omisiones contrariando la Constitución, por lo que la sentencia es parcializada por decir lo menos; al respecto con las debidas consideraciones de los señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, considero que la sentencia atacada es sorda, ciega y muda; por cuanto lo único que pido es justicia la sentencia no escucha el pedido, ciega por cuanto señores Magistrados existe el Examen Especial es contundente pero la sentencia no quiere ver esta prueba presentada, y muda por cuanto en la sentencia no dice nada sobre los derechos humanos, afirmo esto por cuanto del famoso examen especial de auditoría señala lo contrario da nombres y apellidos y señala “Al doctor Patricio Muñoz Izurieta, ex - Médico Anestesiólogo del HACM, multas de USD 60.00 SESENTA DOLARES 00/100 ya que, es una omisión culposa por no observar las disposiciones vigentes...” Esta afirmación consta en el oficio “nro. 2000101-1937 suscrito por el Director General del IESS dirigido al Director de Recursos Humanos (E), sin embargo la sentencia atacada no determina responsabilidad alguna por lo tanto inadmite la demanda.”. 2.3. “... razón por la cual acudo ante el juez de derecho para que se haga justicia por la mala práctica y posterior muerte de mi cónyuge, no es relevante si el IESS se preocupó a no de la atención a la paciente, lo importante es que le coartaron la vida de Inés Atahualpa Mejía, eso debió analizar la sentencia no lo hizo por cuanto no aplicó el precepto constitucional invocado, por tal razón interpongo el recurso de casación

a fin de que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se ajuste a la norma constitucional invocada.” 2.4. Y que además: **“En la sentencia atacada existe una errónea interpretación del art. 20 de la Constitución de la República del Ecuador constante en el Registro Oficial nro. 1 de 11 de agosto de 1998, en la sentencia atacada existe falta de aplicación de esta norma constitucional que me permito transcribir en forma textual: “Las 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 funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos...”;** en primer lugar se encontraba vigente la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial nro. 1 de martes 11 de agosto de 1998.”

TERCERO: Este recurso extraordinario de casación fue admitido a trámite por esta Sala, el 18 de noviembre de 2010, 09h05, en los siguientes términos: “Fundó su recurso en las causales primera y tercera del art. 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la causal primera por falta de aplicación de las siguientes normas: “Artículos 272, 273, 196, 120, 92, inciso primero y tercero, 55, 57, 49, 47, 24 numeral 17, arts. 19, 18, 17, 16, de la Constitución de la República del Ecuador inscrita en R. O. nro. 1 de 11 de agosto de 1998 y constitución actual arts. 82, 76, numeral 23 del art. 66; y **por ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO art. 20 de la Constitución de la República de 1998, art. 28 de la Ley de Modernización del Estado. Con respecto a la causal tercera por “FALTA DE APLICACIÓN de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, arts. 113, 114, 115, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil”.** CUARTO. Que la Procuraduría General del Estado, sostuvo en su contestación que la demanda nada tiene que ver con la presunta mala práctica médica, que por sí no constituye acto de la Administración Pública y no rige para el IESS. Que el silencio administrativo no opera en casos como éste; y que el actor no le asiste ningún derecho, más aún si la denuncia fue presentada después de cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica médica, y a más de un año del fallecimiento de la cónyuge, cuando las supuestas evidencias han desaparecido, propone varias excepciones adicionales y pide que se rechace la demanda. QUINTO: 5.1. De lo analizado se desprende que supuestamente se dio negligencia médica por cuanto **no existió un plan de anestesia que iba a usarse, no se llenaron los datos ni se dejó constancia de la grave complicación presentada por la paciente** y las manipulaciones a las que fue sometida. 5.2. Que el 8 de julio de 1999 a las 09h15 fue sometida a cesárea la Sra. Inés Olivia Atahualpa Mejía, obteniéndose el nacimiento de un hijo, **pero, por un supuesto exceso de anestesia al final de la intervención la paciente presentó paro respiratorio**, saliendo del mismo a las 10h25. 5.3. **Que en la hoja de anestesia no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada.** Que de acuerdo al protocolo, la cesárea fue realizada entre las 10h15 y 11h15, mientras que en la hoja de anestesia

consta que la intervención se realizó a las 09h15 hasta las 10h35, **existiendo contradicción entre los datos.** 5.4. Que en todos los casos en los que se realiza un ingreso para observación deben constar en la Historia Clínica notas de evolución que evidencian lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente, sin que tales datos consten en ese documento, lo que demuestra que actuaron en forma negligente; **pues durante la intervención debe encontrarse en la hoja de anestesia el detalle de los procedimientos utilizados** y, de presentarse, de las complicaciones. Que los registros operatorios incompletos no permiten una evaluación posterior adecuada. Que al no especificarse en el protocolo operatorio si la cesárea fue electiva, emergente o programada, ni incluirse en este los procedimientos a los que fue sometida la paciente, por parte de la Unidad Médica de Anestesiología del Hospital del IESS, durante la complicación presentada luego de la operación, las que debieron ser incluidas en la historia clínica, **por lo que no se habrían aplicado correctamente los estándares para la práctica de anestesiología en los hospitales y centros de atención ambulatoria del IESS, especialmente de los Servicios de Obstetricia y Anestesia, evidenciando que el caso no se evaluó adecuadamente para garantizar una intervención satisfactoria.** Que la condición de salud de su cónyuge fue grave, por cuanto ingresa el 8-07-1999 a las 12h00 a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde se encuentra entubada con asistencia ventilatoria mecánica, con actividad eléctrica sin pulso, esto es el corazón no estaba latiendo, realizando una reanimación y recuperación del pulso. 5.5. Que en dicha unidad de cuidados intensivos estuvo desde el 8 al 27 de julio de 1999, adquiriendo la paciente una infección pulmonar nosocomial cognitivo y conductual. Que el Jefe de Servicio de Neurología señala que dicho Servicio recibió a la paciente con complicaciones neurológicas, el 99-10-07, sin haber participado en su atención previa. **Por lo que la paciente salió el 28 de diciembre de 1999, fecha desde la que asumió todos los gastos para su atención médica, ya que debía periódicamente concurrir a especialistas, pagar fisioterapeuta, enfermera, gasas, pañales, alimentación especial. No pudo caminar, no pudo hablar, pues quedó en estado vegetativo.** La señora Inés Olivia Atahualpa Mejía falleció el 17 de diciembre de 2002. 5.6. Que el señor Morales Parra, el 28 de enero de 2004, presentó una comunicación dirigida al Director General del IESS, solicitándole el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el consiguiente fallecimiento de su cónyuge. Con oficio nro. 12000000-0492, de 3 de marzo de 2004, dicho Director le niega la petición formulada. Que, en vista de que no recibió contestación alguna dentro de los quince días establecidos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, solicitó la certificación del vencimiento del término que tenía el IESS para contestar su petición; la cual obtiene respuesta en oficio nro. 12000000-0571 de 19 de marzo de 2004, en el que se niega por improcedente su petición. 5.6.1. Con fundamento en las disposiciones normativas señaladas pide que, por cuanto ha sido resuelto

favorablemente su derecho y el de sus hijos, **que el IESS les pague una indemnización de USD 500.000,00, como consecuencia de la ineficiente prestación de servicios médicos y el consiguiente fallecimiento. SEXTO. Que la Constitución Política de la República del Ecuador (de 1998), en su artículo 20 determinaba que: “Las 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 funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.”.** SÉPTIMO: 7.1. **Revisado lo hasta aquí dicho, este Tribunal concuerda con lo dicho en la sentencia impugnada de instancia respecto a la falta de silencio administrativo positivo en este caso** (puntos 1.2.1. y 1.2.2.) pues efectivamente como se sustenta en el considerando sexto de la misma “**la doctrina general del silencio administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos**”. 7.2. **Pero este Tribunal no está de acuerdo con lo dicho por la sentencia de instancia, en el considerando sexto, aquí transcrito en el punto 1.2.6. (de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud),** en el sentido de que siempre correspondería al actor que solicita la indemnización, probar que el perjuicio producido ha sido generado por la deficiente presentación del servicio público de salud. **Este principio procesal de la carga de la prueba, característico del procedimiento civil, no puede ser “automáticamente” aceptado en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, que dan lugar a responsabilidad objetiva, como en el caso que nos ocupa de supuesto mal funcionamiento del servicio público de salud.** Así autorizada doctrina nos enseña que: “**Parece evidente que la complejidad de la *lex artis* en su práctica y función exige remontar los criterios adicionales sobre la carga de la prueba, que pueden asentarse rígidamente en una sola de las partes, y buscar un equilibrio: quien en cada caso se encuentre en mejores condiciones de soportar el *onus probando*, deberá ofrecer los medios que lleven al juez a determinar si hay o no quebrantamiento de la *lex artis*.** En realidad, la llamada distribución dinámica de la carga de la prueba lo que hace es inclinar el fiel de la balanza a una u otra parte sirviéndose de los mismos instrumentos demostrativos: elocuencia de los hechos, la negligencia se revela luminosa, las circunstancias delatan prima facie al culpable. Son ganas, a menudo, de expresar el mismo concepto con plura-

les adjetivaciones: *res ipsa loquitur*, *culpa virtual*, *anscheinsbeweis*, *prueba repartida dinámicamente* etc., son parientes próximos por los que circula la misma sangre aunque tengan diversos factores genéticos y en su adaptación a cada proceso presenten matices o aspectos diferentes.” (Pérez, Alonso Mariano; “*La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil –en torno a la *lex artis*–*”, en *perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Moreno Martínez J. A. (Coord.), Edit. Dikynson, Madrid-España, 2000, pg. 50). 7.2.1. **Resulta evidente en estos casos de prestación deficiente de servicios públicos de salud, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión,** esto es la institución médica de que se trata; **por lo que hay una desigualdad real entre el/la paciente víctima del daño y el hospital donde se realiza la intervención médica, con relación a la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del caso concreto,** así como la valoración técnica-científica que se haya realizado conforme la *lex artis*. Resulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de una *probatio diabólica*. Así, la moderna doctrina procesal nos enseña que: “c) **CARGAS DINÁMICAS.** La moderna doctrina procesal coloca la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos aptos para hacerlo... d) **COLABORACIÓN Y SOLIDARISMO PROBATORIO.** Si bien ambas partes deben llevar a la presunción del juzgador de la verdad de sus dichos, en mayor grado ello correspondía a quien contaba con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos. De la misma manera, **la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, por lo que -ante su ausencia- la carga ha de considerarse invertida.** Sin embargo, ello no lleva a una presunción absoluta sino que debe ponderarse con relación a los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes. **Tal criterio se condice con la exigencia al médico, o al instituto asistencial, de una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que atañen a la controversia, aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su “no culpa”, pues lo contrario, esto es, una conducta pasiva en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no puede dejar de valorar al momento de dictar sentencia. Por eso, la omisión de acompañar la historia clínica -que supone una grave irregularidad- es suficiente para generar una presunción judicial de culpa.** De allí que, en tales términos, le corresponda a la accionada -en principio-

acreditar su diligencia en la atención del paciente.” (Falcón, Enrique M., *Tratado de la Prueba*, Tomo I, edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003, Págs. 269-270). **La autorizada doctrina aquí citada sobre la carga dinámica de la prueba, es aplicable, especialmente por lo mencionado en los puntos 1.2.3, 1.2.5, 12.2.1 de esta sentencia, pues hubo registro médicos incompletos en el manejo del presente caso. 7.2.2. Igualmente, en la jurisprudencia comparada, nos sirve lo dicho por el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 12 de diciembre de 1998, que trata sobre el caso de la responsabilidad del anestesista por los daños ocasionados a la paciente debidos a una defectuosa intubación, que la deja en estado vegetativo: “Resulta sabido, por ser de notorio conocimiento popular, lo difícil que es para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias que, por lo negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales.” 7.3. Pero sobre todo no está de acuerdo con el tratamiento que el Tribunal de instancia da a la institución jurídica de la culpa “objetiva” (no “subjetiva”) que deviene en responsabilidad extracontractual del Estado;** toda vez la sentencia de instancia prácticamente considera que si la propia institución de salud pública no determina exactamente que ella fue culpable, señalando además sobre qué médico/s recae la responsabilidad específica de la posible mala práctica médica, entonces un Tribunal de Justicia no tendría posibilidad alguna de declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por mal funcionamiento de un servicio público de salud. 7.3.1. **Es decir hay una confusión conceptual en tal sentencia impugnada entre la responsabilidad culposa subjetiva clásica del Código Civil, que requiere para ser declarada que previamente se determine en la vía judicial (por delito o cuasidelito) el dolo o culpa de una persona/s en concreto, con la responsabilidad objetiva del Estado por responsabilidad extracontractual.** 7.3.2. **Es decir, en definitiva se supedita en tal sentencia la aplicación del artículo 20 de la Constitución Política de 1998 (similar al actual art. 11 numeral 9 segundo inciso de la actual Constitución de la República) a la aplicación previa del artículo 2229 del Código Civil, lo cual es incorrecto.** OCTAVO: 8.1. **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 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, ver capítulos 2 y 3, págs. 535 a 562, que: 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 identificado, 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 aquella solo da lugar a responsabilidad subjetiva. 8.2. Autorizada doctrina administrativa del catedrático **Ramón Parada**, al analizar la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, *en su nueva conceptualización de la sustitución de la noción de culpa por la de lesión*, nos enseña que: “Con arreglo al Derecho civil, no se responde de los daños que se hacen “sin querer”, es decir, sin culpa. Por el contrario, en las relaciones entre la Administración y los particulares, la cuestión se presenta ahora en términos más simples, más objetivos, porque lo decisivo aquí es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño básicamente por la carencia o defectuosa prestación de éstos. Consecuentemente con estas ideas, el

Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio (*faute de service*), entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables... Todo ello desembocó en la situación actual, en que la responsabilidad administrativa en el Derecho francés, el más elaborado, descansa sobre el régimen de la responsabilidad con falta de servicio (*faute de service*) y en diversos regímenes de responsabilidad sin falta... En otras palabras, la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. **Dicha concepción se habría así alejado definitivamente de la influencia de los regímenes de responsabilidad, tanto civil como penal, en las que no hay responsabilidad sin culpable, sin dolo o culpa, sin que el autor lo haya querido o pretendido de alguna manera. No es preciso, pues, como exige para la responsabilidad entre particulares el art. 1.902 del Código Civil, que concurra “cualquier género de culpa o negligencia”, porque es suficiente -como dice la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.** La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría). Esta generosa aceptación de la responsabilidad significa que nuestra fórmula legal engloba tanto los supuestos de responsabilidad por falta de servicio (funcionamiento anormal) como todos los supuestos de responsabilidad sin falta del Derecho francés, que ahora encuentran en el nuestro una cobertura genérica en la explícita referencia al funcionamiento normal. Reiterada jurisprudencia afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa “los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa”. (Parada, Ramón; *Derecho Administrativo, parte general*, tomo I, 18 ed., edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2010, pgs. 563-565). **8.3.** Igualmente autorizada doctrina nos enseña que: “**Es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular.** En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, **la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales...** Siguiendo una doctrina desarrollada por el derecho francés, la relación

del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. **Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público...** Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de la ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, **la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta.** Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración... La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones...”. (Las negrillas son nuestras) (Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 496 y 499). **NOVENO:** 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, segundo inciso 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...*”, **inicialmente considerada en el primer inciso del artículo 20 de la Constitución Política de 1998**, que en la misma línea conceptual mandaba que: “*Las 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 funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.*”. (lo resaltado es nuestro). **DÉCIMO:** Puede anotarse, como características generales 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 tener en cuenta 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, ya sea por su propia naturaleza y/o por el riesgo creado al no seguirse los protocolos de seguridad o procedimiento adecuados.** 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.** DÉCIMO PRIMERO. 11.1. **¿Por qué resulta difícil el conceptualizar correctamente este tipo de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado dentro del moderno Derecho de Daños? Entre otros aspectos, por la confusión jurídica que con demasiada frecuencia se da en pretender aplicar el esquema de la “responsabilidad subjetiva” propia del Derecho Civil, contenida en los artículos 1453, 2214 y 2229 del Código Civil, a la responsabilidad extracontractual del Estado contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de 1998 (y en el actual art. 11 numeral 9 segundo inciso, de la Constitución de la República del Ecuador). Por tanto, esta responsabilidad objetiva es una innovación en el Derecho, que supera ampliamente la original fuente de obligaciones prevista por el art. 1453 del Código Civil, esto es, por un lado, la responsabilidad contractual, y por otro la que surge de los delitos y los cuasidelitos, superándose las categorías únicas del dolo y la culpa como requisitos para determinar la responsabilidad.** 11.2. **Pasamos entonces, a una nueva consideración donde la responsabilidad ya no gira únicamente en torno a esos ejes, sino que cambia su perspectiva conceptual permitiendo también un eje “objetivo” (no solo ya “subjetivos”) constituido por el daño efectivamente sufrido.** Cuando el primer inciso del art. 20 de la Constitución Política de 1998 ordena que: *“Las 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 funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.”*, sin duda estamos frente a una norma que consagra la responsabilidad objetiva del Estado, y que por su carácter de norma constitucional es de aplicación directa y prevalente sobre cualquier otra. La responsabilidad objetiva del Estado puede estar determinada por una serie de motivos, denominados también criterios de atribución o títulos de imputación, de **muy difícil enumera-**

ción taxativa, pues podrían ser tan amplios como la causalística que una sociedad contemporánea pueda presentar; sin embargo, un caso concreto de responsabilidad objetiva del Estado se presenta en la deficiente prestación de un servicio público de carácter médico sanitario. DÉCIMO SEGUNDO. 12.1. Por otra parte, este Tribunal de Casación ha tenido muy en cuenta, respecto al título de imputación, esto es, “la prestación deficiente del servicio público de salud”, **que en el ámbito de la actuación sanitaria, y concretamente en la actividad médica, cobra particular relevancia la correcta actuación conforme al protocolo médico que la *lex artis* exige; que no tiene por qué garantizarse un resultado (la curación del paciente), sino un empleo adecuado de la ciencia y la técnica médica, conforme las circunstancias del caso concreto, y al avance que en ese momento tenga la medicina en el país.** Es importante destacar este aspecto, pues el sistema de salud de un país ciertamente no puede ser una especie de aseguradora universal a la cual se le pueda reclamar daños y perjuicios por el solo hecho de que el paciente no sea curado o no recupere su salud. Muy ilustrativa resulta al respecto, una reciente sentencia de 30 de junio de 2010 del Tribunal Supremo español (rec. 7412/2005. La Ley 114398/2010), que señala: “La Sala viene repitiendo incansablemente **que el instituto de la responsabilidad no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales** (SSTS de 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002, entre otras muchas), **debiendo modularse en el caso de la Administración Sanitaria el principio de causalidad con el criterio de la *lex artis*.** Ciertamente **que en el instituto de la responsabilidad patrimonial el elemento de la culpabilidad de la gente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido,** si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico es conforme con las enseñanzas que en cada momento proporciona la ciencia médica y con los medios de que dispone en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia, normalmente no será posible determinar si el resultado dañoso sea debido a dicho acto médico o más bien a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. **Por ello es presupuesto de la responsabilidad el que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución o cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto o que se acredite que se ha apartado del criterio de normalidad que representa lo que comúnmente viene denominándose *lex artis*, que no es otra cosa que el saber propio de la profesión.”** (Las negritas son nuestras). 12.2. **Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente**

y a tiempo las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Carlos Andrade Marín, de la ciudad de Quito, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la *lex artis* con relación a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, entre otros aspectos como ya se mencionó en el considerando quinto de esta sentencia, porque la técnica del procedimiento de los protocolos médicos de anestesiología con relación a su intervención médica fueron incompletos; **protocolos médicos éstos que no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser correctamente efectuados**, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor. **12.2.1. Se puede apreciar que el principio de confianza que la señora Inés Atahualpa Mejía depositó en el hospital público del IESS no fue del todo honrado por tal centro médico, el cual falló en su posición institucional de garante en este caso, lo cual es lamentable, porque este Tribunal no desconoce la muy complicada y enorme labor que el IESS como un todo ha realizado a lo largo de décadas en beneficio de la salud del pueblo ecuatoriano, y que efectivamente el peso de la responsabilidad que recae en el correcto manejo de la *lex artis* sobre el esforzado personal médico (médicos, enfermeras/os, y técnicos médicos en general) sujeto a muy fuertes presiones en sus intervenciones médicas (que muchas veces colindan en precario equilibrio entre la vida y la muerte) ha constituido y constituye una labor de la máxima nobleza científica y cívica; pero ello no quita que en este caso concreto, se detectó en el “Informe de examen especial a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía, de 99.07.02 a 99.08.03”, entre otros aspectos que:** “en la hoja de anestesia, no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada por la paciente y las maniobras a las que fue sometida para atender el paro respiratorio.” “el protocolo operatorio se encuentra incompleto, no indica el número de la sala en la que se realizó la intervención, no especifica si la cesárea fue electiva, emergente o programada. El protocolo operatorio dice “... al final de la cirugía, cerrando la piel, presenta depresión respiratoria y paro respiratorio según informa el médico anesthesiólogo, siendo asistida inmediatamente por médicos anesthesiólogos e intensivistas”. No se incluye en este protocolo, los procedimientos a los que fue sometida la paciente por parte de los médicos anesthesiólogos e intensivistas que atendieron a la paciente durante la complicación presentada luego de la intervención, las mismas que debieron ser incluidas en la HC.” “El médico especialista de la auditoría interna concluye que para todos los casos en los que a un paciente se lo ingresa para observación, deben existir notas de evolución que evidencien lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente. En caso de intervención quirúrgica debe existir una nota de evolución detallada que justifique plenamente la in-

tervención y una nota de evaluación por parte del médico anesthesiólogo que va a colaborar con el cirujano en la intervención quirúrgica, sea esta emergente o programada. Durante la intervención se debe encontrar en la hoja de anestesia todo el detalle de los procedimientos utilizados y de las complicaciones existentes si se presentan, así como debe constar en la hoja de protocolo operatorio hasta que la paciente se encuentre a cargo de otro servicio, sea esta de recuperación anestésico quirúrgica o del servicio de terapia intensiva como el caso que se trata. Por lo tanto, los registros incompletos del manejo administrativo técnico del caso, no permiten su adecuada evaluación posterior.” **De lo que se desprende que sí hubo un mal funcionamiento del servicio público de salud en el caso de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, lo cual no implica necesariamente que haya habido una negligencia o imprudencia de carácter penal dentro del equipo médico, como un todo, que la trató; pues el determinar si ello se dio o no, a nivel individual o como grupo, es tema de otro juzgamiento, pero no del presente. DÉCIMO TERCERO. 13.1. Por otra parte, este Tribunal, respecto al valor de la indemnización solicitada, esto es USD. 500.000,00, considera se debe tener en cuenta que en el presente caso no estamos ante una situación de daños a una cosa material, sino sobre el daño irreversible a la salud causado a una madre de familia al momento del parto de su tercer hijo; estimación entonces que queda sujeta a criterios siempre opinables, pero que es necesario en los mismos tener siempre en cuenta que “el daño a de concretarse en el patrimonio del afectado, sin ser una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar” (Parada, Ob. Cit., pg. 573); y, como la doctrina acertadamente menciona “en todo caso, después de admitir y justificar la posibilidad de que el Estado sea llamado a responder por el daño injusto derivado de la defraudación de la confianza legítima, con espíritu sereno y reflexivo aporta las siguientes cavilaciones: La responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, que impone una consideración y tratamiento muy prudente, puesto que los extremos –por exceso o por defecto– en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar graves perjuicios tanto para los particulares como para el propio patrimonio estatal. No se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retacee en su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. En este sentido, el Estado no es una pródiga empresa aseguradora de nuestros yerros aventurados (cuando no dolosos). Todos, los particulares y las empresas, debemos ser “maduros”, responsables de nuestros actos y decisiones y saber asumir los**

riesgos y responsabilidades.”. Sintetizando la argumentación precedente, podemos aseverar que la defraudación de la confianza se aparta de los fines en que se inspira el Estado social de derecho, comprometiendo la responsabilidad del aparato Estatal, pues este no ha sido instituido propiamente para convertir al administrado en un rey de burlas, sino más bien para procurar su bienestar y garantizarle la efectividad de todos los derechos y garantías que la Constitución y la ley le reconocen.” (Valbuena Hernández, Gabriel; *“La Defraudación de la Confianza Legítima” aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*; edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2008, pgs. 348-349).

13.2. Efectivamente la responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, pues por un lado hay una responsabilidad objetiva de carácter extracontractual del Estado, de la cual evidentemente tiene que responderse conforme mandato constitucional; pero por otra parte tal indemnización a una persona o grupo de personas, no puede llegar al punto de que ésta se transforme, inversamente, en una carga insostenible no solo para la institución estatal que debe reconocer la indemnización, sino también, finalmente, para todo el conglomerado social que termina pagando tal indemnización de múltiples formas presupuestarias. Autorizada doctrina nos alerta también sobre esta posible anomalía: “Es tan amplio el cúmulo de funciones que el legislador encomienda a la Administración, y tales funciones son generadores de riesgos tan generalizados, que seguir profundizándose en la generosidad del sistema las partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerable porcentaje de los presupuestos generales de las administraciones públicas, impidiendo su empleo en la mejora de los propios servicios causantes de los daños” (Gamero Casado, *“El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual”*, actualidad jurídica Aranzadi, nro. 426, España, 2000). Por todo lo anteriormente 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:**

1. CASA la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 1 de Quito dictada el 15 de enero de 2010, a las 9h59, por haber incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, toda vez en dicha sentencia se ha hecho una errada interpretación del art. 20 de la Constitución Política de 1998, con relación al mal funcionamiento del servicio de salud público en que incurrió el Hospital Carlos Andrade Marín del IESS en la intervención médica del 8 de julio de 1999, en la persona de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía. **2. El Estado ecuatoriano, a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, o su sucesor en derecho, pagará al casacionista Sr. Segundo Iván Morales Parra, en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a tres sala-**

rios básicos unificados vigentes a la fecha que corresponde cada pago; hasta el día en que su hijo menor cumpla dieciocho años de edad. 3. El valor que corresponde a los años anteriores, desde el 28 de diciembre de 1999 (fecha en que la Sra. Inés Atahualpa Mejía salió del hospital) hasta la ejecutoria de esta sentencia, se lo realizará al Sr. Morales Parra, en un solo pago sin intereses, que será liquidado pericialmente. 4. El IESS pagará también al Sr. Morales Parra, los valores cubiertos por él, según resulte de la suma de las facturas originales que consten en el proceso, desde el 28 de diciembre de 1999 hasta el 17 de diciembre de 2002 (fecha del fallecimiento de la Sra. Inés Atahualpa Mejía), que serán determinados pericialmente, sin intereses. 5. Aparte de las compensaciones señaladas, y como una medida que la doctrina del Derecho de Daños conoce como “de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición” (Rodríguez, Libardo, Ob. Cit, pág. 561), y para que el muy doloroso trance que pasó la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, su cónyuge e hijos, no sea olvidado, y sirva para que en un futuro cercano o lejano ninguna madre de familia tenga que pasar –o se evite en la medida de lo posible– nuevamente por tal desgracia de quedar en estado vegetativo o semi-vegetativo luego de dar a luz a su hijo/a mediante cesárea, por fallas de funcionamiento del sistema de salud público del IESS, el actual Director/a General del IESS dispondrá que haya una/s reunión/es (física o virtual) de los máximos directores médicos responsables de cada hospital del IESS, a efecto de que emitan una circular médica interna (circular médica que se llamará “Circular Médica Inés Olivia Atahualpa Mejía”**), que corrija y/o actualice los protocolos médicos, a efecto de que en el futuro se minimice el mayor riesgo posible en este tipo de intervenciones como la que tuvo que pasar, con muy lamentables consecuencias negativas, la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía. **5.1.** Si de las conclusiones médicas a las que se lleguen en esta/s reunión/es, se considera que la “Circular Médica Inés Olivia Atahualpa Mejía” debe ser puesta en conocimiento del Ministro/a de Salud Pública de la República, para que él/ella evalúe la pertinencia o no de hacerla una política de salud a nivel de todos los hospitales públicos nacionales, entonces así se lo hará. **6.** Lo aquí dispuesto, no excluye que de llegar a establecerse responsabilidades en el ámbito penal (que pueden o no darse), por negligencia o imprudencia judicialmente declarada, en contra de alguno o algunos de los miembros del equipo médico participantes en el proceso quirúrgico o del tratamiento médico en general, el Estado pueda ejercer su derecho de repetición y exigir el pago en los funcionarios o empleados que resulten responsables, conforme el artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.****

f.) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Voto Salvado, Dr. José Suing Nagua, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueces y Jueza Nacionales.**

III

Juicio nro. 051-2009

Acción Contencioso Administrativa, propuesta por el señor Jhonatan Alexander Morales Torres, en contra de la Ilustre Municipalidad del cantón Logroño, provincia de Morona Santiago.

SÍNTESIS:

La Carta Magna en vigencia establece como garantía fundamental el derecho a impugnar los actos administrativos ante la Función Judicial, derecho que no puede ser restringido por haberse presentado una acción de protección constitucional, por lo que, en ese orden conceptual, es claro que en el Ecuador, el control de la legalidad de los actos administrativos se encargó a la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, esa competencia no puede ser asumida por los jueces constitucionales a pretexto de una acción de protección. Ante el fracaso de la vía constitucional impugna ante la justicia ordinaria; tal como ha sucedido en el presente caso, que luego de que su acción de protección fue negada, el casacionista presentó la impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3 con sede en Cuenca, deduciéndose, que obviamente, si se le hubiese sido concedida, entonces no habría presentado la acción contencioso administrativa. Por tanto, es de fundamental importancia que los jueces de la justicia ordinaria, que al conocer la acción de protección ejercen como jueces constitucionales, deban tener el criterio suficiente para rechazar esas demandas por la impertinencia de la acción planteada. La Sala casa la sentencia y al tiempo que ratifica el criterio del ad quem, rechaza la demanda.

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

Juez Ponente: Dr. Pablo Cordero Díaz.

TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO nro. 3. Cuenca, 15 de abril del 2010. Las 15h41.

VISTOS: Jhonatan Alexander Morales Torres, comparece ante este Tribunal y deduce acción contencioso administrativa, de plena jurisdicción en contra de la Ilustre Municipalidad del cantón Logroño, provincia de Morona Santiago, en las personas del Señor Alcalde y Procurador Síndico Municipal, pide se cuente con la Procuraduría General del Estado. Señala que la resolución que impugna emana del Alcalde del Municipio de Logroño, Profesor Gregorio Unkuch, contenida en el memorando nro. 00018, de 6 de enero de 2009, suscrita por el Señor Alcalde y dirigida a Mauro Quizhpe «personal de servicios» y mediante el cual se dispone: “se dig-

ne entregar al Señor Alcalde las llaves del Departamento de Recursos Humanos, y debe mantener cerrado hasta la segunda orden”, que mediante esta resolución se configura una destitución arbitraria en su contra, provocando que en cumplimiento de la misma el Señor Mauro Quizhpe funcionario al que se encuentra dirigido el memorando, proceda a impedir su ingreso a su lugar de trabajo, colocando seguridades que impidieron el ingreso a las oficinas en las que cumplía sus labores, actitud ésta arbitraria que se confirma que el contenido del memorando 0049 dirigido por el Señor Alcalde al Señor Ricardo Paati, Policía Municipal, con fecha 7 de enero de 2009, de cuyo texto se infiere con claridad la resolución de destituirle del cargo y la orden de colocar otro candado más en las oficinas en la que se cumplían labores. **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:** Que el 30 de agosto de 2006, mediante contrato de servicios ocasionales, comenzó a prestar servicios lícitos y personales para la Municipalidad de Logroño, en calidad de jefe de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, contrato que fue renovado de manera escrita por reiteradas ocasiones, funciones que dice las cumplió hasta el 7 de enero de 2009, fecha en la cual al presentarse en su lugar de trabajo, encuentra cerrada las puertas de la oficina en la que laboraba. Señala que la resolución que impugna no se encuentra debidamente motivada, por no enunciarse ni normas, ni principios jurídicos en que se haya fundado, menos aún la pertinencia de su aplicación, violándose la garantía contenida en el art. 76, numeral 7, literal i, de la Constitución de la República, lo cual dice ocasiona la nulidad. Agrega que las causales de destitución se encuentran determinadas en el art. 49 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, sin que se encuentre comprendido en ninguna de las causales, ni se le haya juzgado por alguna situación que pueda dar lugar a la configuración de una causal de destitución, lo cual dice da lugar a la configuración de una causal de destitución, lo que demuestra, que no únicamente se violó su derecho a la defensa, sino que no se ha seguido ni iniciado procedimiento alguno del que se pueda colegir la existencia de una falta; que no se le ha permitido ejercer su derecho a la defensa, previsto en la Constitución y en el Art. 71 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; que la acción ilegal e ilegítima que se impugna desconoce fundamentalmente el principio de estabilidad, consagrado en el art. 229 de la Constitución, derecho que se encuentra lesionado; hace cita de una resolución del Tribunal Constitucional; de igual manera señala que el acto le causa daño grave y hace cita de derechos fundamentales como el del trabajo, de la seguridad jurídica, para en concreto pretender que el Tribunal declare en sentencia, la ilegitimidad y la correspondiente nulidad de la resolución y se dispone el reintegro inmediato al puesto de jefe de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, y al pago de las indemnizaciones a las que tiene derecho, esto es el pago de sus sueldos y más bonificaciones, desde el momento que ha dejado de percibir hasta el

reintegro; y que se extienda nombramiento definitivo, el pago de costas procesales. Aceptada a trámite la demanda, se dispone la citación a la parte accionada. A fojas 490 de los autos, comparecen los personeros municipales y dando contestación a la demanda, en lo principal, señalan: 1. Negamos pura y simplemente todos los fundamentos de hecho y de derecho de la pretendida acción contencioso administrativa, por cuanto la municipalidad y sus representantes legales no han cometido ilegitimidad alguna, ni ha violado ni desconocido derecho alguno, así como no existe ninguna acción u acto ilegal, ni ilegítimo ni arbitrario, y que lo que ha existido es el cumplimiento constitucional estricto establecido en el art. 226 de la Constitución y hacen cita de la norma, para luego señalar, que por eso ha firmado contratos ocasionales con cláusulas claras, tal como manda la LOSCCA. Que se han regido por la Ley y su reglamento, se refiere al Servicio Civil y hacen referencia a los hechos que se han presentado en el caso, a disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalan que la actitud del alcalde, ha sido la de precautelar los bienes municipales; agrega que el contrato terminó el 31 de diciembre de 2008. Agregan que los memorandos, nada tienen que ver con la persona que ya terminó su contrato y que ni siquiera se le nombra, que el acto tiene como propósito precautelar los bienes, hasta tanto se designe al empleado que cumpliendo el perfil de exigencias de la Ordenanza de Clasificación y Valoración de Puestos, vigente que se aplica desde enero del 2009; que las órdenes de estos memorandos son con posterioridad a la terminación de su relación laboral contractual que el 31 de diciembre de 2008. Que no hay acto ilegítimo atentatorio ni violatorio de la Constitución y la ley, porque el señor Alcalde ha actuado dentro de los parámetros legales de sus facultades y en aplicación del marco legal invocado, y que para estos casos le asiste como entidad de derecho público autónoma. Que aclara que el auxiliar de servicios, indicó mediante informe de 13 de enero de 2009, que no tenía las otras llaves, porque el otro candado había sido puesto por el jefe de Recursos Humanos, quien procedió a comprar por su propia cuenta sin autorización ni trámite legal para su adquisición, quedándose con las llaves, lo que preocupa por cuanto hay bienes que cuidar, es por eso que al saber que hay otras llaves y otro candado puesto por el funcionario, que no tenía por qué tenerlos sin autorización según el informe del Señor Mauro Quizhpe, quien incluso aclara que la limpieza la realizaba cuando el funcionario se encontraba laborando, esto fue desde octubre de 2008. Que con respecto al memorando 0049, de 7 de enero de 2009, dirigido por el Alcalde a Ricardo Paati, policía municipal pidiendo coloque otro candado, se debe a que el señor Jhonathan Alexander Morales Torres tenía ilegalmente las llaves del candado de este departamento, sin autorización ni permiso, lo cual llama a precautelar los bienes hace una detallada exposición sobre los hechos, y destaca que todos los servidores sabían que desde el primer día de labores del año 2009, por el aviso público puesto en la cartelera debían registrarse en el departamento jurídico, que estaba encargado,

documento que la misma parte actora presentó en la acción de protección y que consta en fojas 18 del proceso mentado «acción de protección». Que tuvieron que abrir la puerta del departamento de personal, con la asistencia de un notario del Cantón Sucúa. Hacen relación los personeros municipales a la disposición constitucional relativa al ingreso público y a la contenida en la LOSCCA, respecto al mismo tema. Agregan que acudió el actor ante el Juez Cuarto de lo Civil del Cantón Sucúa y que planteó: “la misma causa y materia, cuerpo, origen, fuente, raíz, que hoy demanda, pidiendo se reintegre a sus funciones y se dé el nombramiento definitivo, pero el Juez en sentencia rechazó esta acción propuesta conforme a la sentencia que adjunto (acción de protección y amparo de derechos Constitucionales Juicio nro. 18-09, cuerpo nro. 01, 02) por no haber violación e ilegitimidad de parte de la municipalidad, acción que se refiere a la misma causa y materia lo cual, según la Constitución Política de la República del Ecuador vigente en su art. 76 numeral 7 literal i) prohíbe así: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...”. Agregan que el actor fue sentenciado, por violación de domicilio y que se le ha impuesto la pena de seis meses de prisión, que está pendiente por el recurso de casación interpuesto y acota que estaría impedido de ingresar al sector público. Concluye solicitando se declare sin lugar la demanda. A fojas 501 de los autos, comparece el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca, y luego de señalar que se encuentra dentro del término previsto en el art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, contestando la demanda, manifiesta: 1. Que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho; 2. Improcedencia de la acción en los términos en los que ha sido planteada y señala que la Municipalidad de Logroño, no ha incurrido en ilegitimidad alguna y hace análisis para sustentar esta situación; 3. Que el contrato suscrito con el actor, por la Municipalidad, al tenor de lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento, terminó conforme determina el art. 22 literal a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de la Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, por lo que al fenecer el tiempo para el cual fue suscrito dicho contrato, simplemente terminó su vigencia; que el hecho de que no se haya renovado o expedido alguna acción de personal a favor del actor conforme era su pretensión, no implica ninguna manera violación legal alguna. Que si el contrato se firma con total conocimiento o del marco legal que lo regula, resulta desatinado desconocerlo o pretender ignorarlo ahora y cita el art. 13 del Código Civil y el art. 1481 del mismo cuerpo de leyes. 4. Señala que el memorando del señor Alcalde nro. 000018, mediante el cual dispone que se mantenga cerrada la puerta de la oficina de Recursos Humanos hasta segunda orden, es un memorando legítimo, porque el Alcalde es la persona encargada de custodiar los bienes de su administración, conforme el art. 259 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el art. 2 del Reglamento General de Bienes del Sector Público.

Aceptadas las contestaciones a la demanda, se traba la litis y a petición de parte, se recibe la causa a prueba por el término de ley, a fin de que se actúen las solicitadas por las partes, habiéndose cumplido con esta etapa procesal. Concluido el término de prueba, es el momento de dictar la sentencia que corresponda y para el efecto, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Este Tribunal es competente para conocer y resolver temas, como el de esta controversia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 173 de la Constitución de la República, lo prescrito en el numeral uno del artículo doscientos diez y siete del Código Orgánico de la Función Judicial, en el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y en lo previsto en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **SEGUNDO:** En la tramitación de la causa, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de juicio, sin omisión alguna, por lo que se declara la validez. **TERCERO:** Es materia de excepción y constancia procesal que sobre el tema, se ha propuesto acción de protección ante el Señor Juez Cuarto de lo Civil de Morona Santiago, con la que el actor pretende el cese de las acciones por parte de los accionados (Municipalidad de Logroño), el reintegro a sus funciones; que el Señor Procurador Síndico Municipal se abstenga de realizar funciones de Jefe de la Unidad de Recursos Humanos y el pago del mes de diciembre de 2008, fojas 267 vuelta de los autos. En la presente causa, se pretende que en sentencia, se declare: la ilegitimidad y la correspondiente nulidad de la resolución y se disponga el reintegro inmediato al puesto de jefe de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, y al pago de las indemnizaciones a las que tiene derecho, esto es el pago de sus sueldos y más bonificaciones, desde el momento que ha dejado de percibir hasta el reintegro; y que se extienda nombramiento definitivo, el pago de costas procesales. Es necesario precisar que si bien en esta causa, se presentan ciertas modificaciones en cuanto a las pretensiones, la misma proviene de un mismo acto cuestionado, esto es memorando 00018, suscrito por el Alcalde y dirigido al Señor Mauro Quizhpe, personal de servicio y de los mismos hechos que se cuestionan en la demanda. El Señor Juez de la acción de protección constitucional, en su sentencia señala: ... *“En consecuencia el actuar de los accionados se refiere a los de la Municipalidad de Logroño en sus actos administrativos que son impugnados se encuentran enmarcados dentro del ámbito de lo determinado en la Ley a lo que se ha de entender que goza de las presunciones de legalidad y legitimidad, razones más que suficientes para entender que en caso de estudio y resolución no existe de ninguna manera un acto ilegítimo atentatorio y sobre todo violatorio a la carta Magna y a la ley, toda vez que la entidad municipal a través de sus representantes legales, como son su señor Alcalde y Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Logroño, en uso de sus atribuciones legales, han actuado dentro de los parámetros legales de sus facultades y en aplicación del marco legal que para estos casos, si los tienen...”*. Lo expuesto, lleva a determinar que el comportamiento del Señor Alcalde

de Logroño, ha sido examinado y juzgado, por el Señor Juez Cuarto de lo Civil, como consta de la copia de la sentencia no impugnada en su legitimidad, de fojas 285 a 288. Lo expuesto, pone de manifiesto, que el tema que hoy es materia de control de legalidad, ante este Tribunal fue conocido y resuelto en el ámbito Constitucional. Lo cual conlleva a tener en cuenta lo siguiente: **La Seguridad Jurídica**, que constituye un derecho reconocido y garantizado a las personas, en forma expresa, en la Constitución que hoy nos rige, determina en el art. 82: “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”. Si la Seguridad Jurídica, es una fortaleza del Estado Constitucional de Derechos y que debemos entenderla como la certeza, el convencimiento sobre el sistema jurídico que rige a la sociedad, sistema jurídico expresado en disposiciones normativas, que son interpretadas por los órganos de la administración de justicia, y como la cosa juzgada es una de las herramientas procesales que buscan la consecución de la idea de certeza en el sistema jurídico, debemos destacar que la cosa juzgada es la institución jurídica, que imposibilita discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior. En el caso en estudio tenemos que, no es materia de discusión, la acción de protección constitucional propuesta por el actor, en contra de la misma entidad y autoridad accionada y con el mismo objeto, es decir con la concurrencia de los siguientes elementos: identidad subjetiva; las mismas partes procesales; identidad objetiva; el objeto del juicio es la misma cosa, cantidad o hecho, fundamentado en la misma causa, razón o derechos. La acción constitucional, ventilada ante el Señor Juez Cuarto de lo Civil de Morona Santiago, órgano de administración de justicia constitucional, que en el fallo, decide, el mismo tema que es materia de la presente causa y en el que se sostiene: “En el presente caso de estudio y resolución, no se evidencia acto ilegítimo, mucho peor por una vulneración de derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador de parte de los accionados, señores Prof. Gregorio Unkuch y Dr. Hernán Montenegro, Alcalde y Procurador Síndico de la I. Municipalidad del Cantón Logroño en contra del señor Jhonathan Alexander Morales Torres”. Por lo expuesto, tenemos que el acto impugnado ya fue juzgado y consecuente la autoridad autora del acto ya fue examinada y juzgada, y de volverse a analizar dicho acto, se pondría en riesgo la garantía básica consagrada en el art. 76 numeral 7, literal (i), que establece: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos en la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Si bien puede alegarse que el análisis realizado en la acción de protección, se lo hizo en materia constitucional, y que en contraste, en la acción contenciosa administrativa, lo que se hace es control de legalidad, no puede pasar inadvertido, que el cuestionamiento a los actos se lo hace bajo la perspectiva fundamental de garantías y derechos constitucionales y que la seguridad jurídica, lo es, por lo que

el juez constitucional que conoció de la acción de amparo, se pronunció expresamente sobre este particular. Si bien es cierto que situaciones jurídicas que se han ventilado en acciones de amparo, han sido luego decididas vía de control de legalidad, no es posible dejar de resaltar, que en esas causas, no se llegó a determinar que el acto es legítimo, como si sucede en el caso en estudio, por lo que es diferente la situación. Este Tribunal, en casos similares ya se ha pronunciado de esta manera, como en el juicio 222-2005, 131-2008, 216-2008, entre otros, por lo que manteniendo el mismo criterio y guardando *sindéresis*, no puede, ni debe entrar en el análisis de los otros aspectos, porque esta situación es de trascendencia constitucional y no puede ser inadvertida, porque de hacerlo generaría inseguridad jurídica. **CUARTO:** Además de que es norma de derecho público, el precepto contenido en el art. 297 del Código de Procedimiento Civil, que establece: “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.”. Es trascendente destacar que la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina: “Las decisiones judiciales, dictámenes, sentencias ejecutoriadas y demás resoluciones **expedidas** o que se expidan por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los efectos **generados** por aquellas, tendrán validez y carácter **de definitivos**”. «lo destacado fuera de texto». Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, determina la existencia de cosa juzgada y consecuentemente rechaza la demanda. Sin costas. **Notifíquese.**

f) **Dr. Hernán Monsalve Vintimilla, Dr. Alejandro Pezalta Pesántez, Dr. Pablo Cordero Díaz, Jueces.**

RECURSO DE CASACIÓN

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 09 de agosto de 2013. Las 10h41.

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 nro. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución nro. 3-2013 de 22 de julio de 2013, nos designó para integrar esta Sala Especializada, según lo dispuesto en el artículo 183 del Código Or-

gánico de la Función Judicial. Somos el Tribunal competente conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012, por lo que en conformidad con el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación, estando la presente causa en estado de resolver, se considera: **PRIMERO:** El 15 de abril de 2010, 15h41, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3, con sede en la ciudad de Cuenca, resolvió: “**DETERMINAR LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA Y CONSECUENTEMENTE RECHAZA LA DEMANDA**” (lo resaltado nos corresponde), dentro del juicio de impugnación por destitución interpuesto por Jhonatan Morales Torres en contra del Municipio de Logroño. **SEGUNDO:** Mediante auto de admisibilidad de 18 de enero de 2011, 8h40, esta Sala aceptó a trámite el recurso de casación interpuesto por Jhonatan Morales Torres, que lo hace por la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: 3.1.** El recurrente, señor Jhonatan Morales, considera que en la sentencia existe falta de aplicación del art. 76 numeral 1 de la Constitución; y, 1, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, **por las que no existe duda de la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer las impugnaciones a los actos administrativos de la administración pública y para ejercer el control de legalidad de la gestión administrativa.** Señala que la sentencia ha dejado de aplicar dichas normas y al hacerlo ha cometido error al declarar que existe cosa juzgada. **3.2.** Considera también que existe errónea interpretación del art. 173 de la Constitución de la República, **pues la sentencia interpreta erróneamente el precepto constitucional y confunde la justicia ordinaria con la justicia constitucional**, nada tiene que ver una garantía jurisdiccional como lo es la Acción de Protección con la jurisdicción contenciosa, “*pues la justicia constitucional no puede, pues no es su competencia, declarar la legitimidad de un acto, sino únicamente declarar sobre la existencia de vulneraciones de derechos y su forma de reparar. Por lo tanto, una cosa constituye la impugnación de los actos administrativos en la vía judicial, y otra distinta, la declaración que hace la justicia constitucional sobre si un derecho ha sido vulnerado, incluso un acto que sea legítimo podría eventualmente vulnerar un derecho. Así que se malinterpreta el precepto constitucional entre instancias de administración de justicia con finalidad y naturaleza distinta, por lo que el Tribunal era competente para resolver sobre el fondo sin que exista, bajo ninguna consideración, cosa juzgada.*”. **3.3.** Además, acusa que existe indebida aplicación del art. 297 del Código de Procedimiento Civil, pues se aplica la norma como si en realidad hubiese existido identidad objetiva, como si estuviere demandando la misma cosa, calidad o hecho fundamentándose en la misma causa, razón o derecho, **las figuras jurídicas del recurso de plena jurisdicción o subjetiva y de la acción constitucional de protección constituyen dos instituciones autónomas diferentes de naturaleza jurídica distinta**, mediante la primera se ejerce control de legalidad y mediante la segunda se ejerce o tutelan derechos constitucionales, por lo que

resulta inaplicable por impertinente la norma contenida en el mencionado art. 297 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO: 4.1. El caso se centra en determinar el efecto de cosa juzgada de la resolución dictada dentro de la Acción de Protección Constitucional planteada, que fuera negada tanto por el Juez Cuarto de lo Civil del Cantón Sucúa, el 23 de enero de 2009, como por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el 27 de marzo de 2009, lo que constituye un asunto de suma importancia debido a la trascendencia que puede tener sobre la competencia de los jueces de la justicia ordinaria. Para el análisis respectivo es necesario determinar, en primer lugar, la naturaleza de la acción de protección, prevista en la Constitución de la República del 2008, que vino a sustituir a la extinta acción de amparo constitucional incorporada en la Constitución Política de 1998, siendo comparables en la medida que constituyen garantía de los derechos fundamentales, pero diferentes en cuanto al alcance que pueden tener sus resoluciones, pues la acción de amparo era eminentemente cautelar, con la posibilidad de suspender los actos contrarios a los derechos constitucionales; en cambio, la acción de protección tiene amplitud en tanto puede ser preventiva, en relación a los derechos amenazados, pero también puede declarar la vulneración de los derechos y ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial, conforme ordena el art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **4.2.** Conforme la Constitución de la República (2008), en el art. 88 ordena: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”, a su vez el **art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LO-GJCC)**, respecto a los casos en que no procede la acción de protección señala: “**4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.**”; y, conforme el numeral 5 y 6 del mismo artículo, **no cabe cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, ni contra providencias judiciales. Lo que le otorga a la acción de protección un carácter eminentemente subsidiario.** **4.3.** Efectivamente, este Tribunal tiene claro que la acción de protección constitucional es, necesariamente, de carácter subsidiaria, así autorizada doctrina nacional nos dice que: “Esos dos planos en la realidad se involucran, pero en el inferior que corresponde a la legalidad se cuenta con la tutela a cargo de la jurisdicción ordinaria, mientras que en el plano normativo supremo es donde operan las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales. Este es el signi-

ficado que debe atribuirse al enunciado legislativo que prescribe que para la admisibilidad de la acción de protección debe haber inexistencia de otros mecanismos legales ordinarios para la defensa de los derechos, es decir, si una aparente violación a un derecho constitucional sólo se puede declarar diciendo, primero, sobre la ilegalidad e invalidez del acto hay que acudir a la tutela ordinaria. Mas, si el efecto del acto acusado interviene en el derecho fundamental, en su ámbito propio que es el protegido por la norma iusfundamental, es la jurisdicción constitucional la competente para el juzgamiento.” (Zavala Egas, Jorge y otros, Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edilex S.A., Guayaquil, 2012, pág. 387). **4.3.1.** Así también, al diferenciarse la acción de amparo con la de protección se precisa que: “La Constitución de 2008 amplió las posibilidades de la garantía jurisdiccional e introdujo la figura de la acción de protección, que es una acción de conocimiento que tiene como objetivo reparar integralmente la violación de derechos provenientes de autoridad pública o particulares (sin importar si prestan servicios públicos).” (Ávila Santamaría, Ramiro, “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”, en Martínez Molina, Dunia, editora, Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Corte Constitucional para el período de Transición, Quito, 2012, pág. 235), y por ejemplo, se señala la siguiente interesante conceptualización: “Si bien los derechos laborales se consideran como intangibles y no renunciables, lo entendemos como derechos secundarios por tener una vía administrativa y jurisdiccional diseñada para la protección de los derechos laborales y por reducir las pretensiones a cuantificaciones económicas o patrimoniales (remuneración, indemnización, multa). Esto no obsta para considerar, en otras circunstancias, que el derecho al trabajo pueda tener dimensiones de derechos primarios, en casos tales como la discriminación laboral, la esclavitud,...” (Ávila, pág. 241). **4.3.2.** El mismo autor, correctamente señala que, respecto a lo que a la subsidiariedad se refiere: “**En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando (1) el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz, (2) se trate de derechos patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces, (3) la pretensión fuere la declaración de un derecho... Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelva problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos. (lo resaltado nos corresponde)** (Ávila Santamaría, Ramiro, Op. Cit., pág. 244). **4.4.** Resulta muy pertinente tener en cuenta, que la Constitución de la República actual, **establece como garantía fundamental el derecho a impugnar los actos administrativos ante la Función Judicial “art. 173. Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los**

correspondientes órganos de la Función Judicial.” (lo resaltado nos corresponde) (anteriormente esta garantía también estaba prevista en el art. 196 de la Constitución de 1998), **derecho que no puede ser restringido por haberse presentado una acción de protección constitucional**, por lo que en ese orden conceptual, es claro que en el Ecuador, el control de la legalidad de los actos administrativos se encargó a la jurisdicción contencioso administrativa, **por tanto, esa competencia no puede ser asumida por los jueces constitucionales a pretexto de una acción de protección**, y así lo entiende la doctrina cuando dice que: “...*todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían.* (Ávila, pág. 243). Efectivamente, es pertinente reflexionar en el hecho de que, muchas veces, son los propios accionantes los que provocan que se produzca esta confusión; **pues presentan acciones de protección constitucionales para asuntos que competen a la justicia ordinaria por ser temas de mera legalidad, y se da la distorsión de que solo ante el fracaso de la vía constitucional proceden con la impugnación en la justicia ordinaria; tal como ha sucedido en el presente caso**, que luego de que su acción de protección fue negada, el casacionista presentó la impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3 con sede en Cuenca, deduciéndose, que obviamente, que si se le hubiese sido concedida, entonces no habría presentado la acción contencioso administrativa. Por tanto, es de fundamental importancia que los jueces de la justicia ordinaria, que al conocer la acción de protección ejercen como jueces constitucionales, deban tener el criterio suficiente para rechazar esas demandas por la impertinencia de la acción planteada, y en consecuencia no deben entrar a resolver el fondo del asunto, conforme claramente lo dispone el art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. **4.5. La Corte Constitucional dentro de la Sentencia de Jurisprudencia Vinculante nro. 001** dice: “**60. ... Si vía acción de protección se impugna de manera exclusiva la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos judiciales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional.**” (Sentencia nro. 001-10-PJO-CC, Caso nro. 0999-09-JP, Gaceta constitucional nro. 001, Segundo Suplemento - Registro Oficial N° 351 - Miércoles 29 de Diciembre del 2010). **4.6.** Conforme se desprende de la normativa constitucional y legal, de la doctrina y de la jurisprudencia referidas, se puede afirmar que la naturaleza de la acción de protección no puede ser la misma que la de una acción de impugnación ante la justicia ordinaria. En consecuencia, **el efecto de las sentencias dictadas dentro de las acciones de protección, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria**, como erradamente lo sostiene la sentencia del Tribunal de instancia. **QUINTO:** Establecida la pertinencia de conocer el presente caso en sede contencioso admi-

nistrativa, este Tribunal constata que: conforme se señala en el fallo que se recurre el actor afirma que el 30 de agosto de 2006, **mediante contrato de servicios ocasionales**, comenzó a prestar sus servicios lícitos y personales para el Municipio de Logroño, **en calidad de Jefe de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos**, contrato que fue renovado de manera escrita por reiteradas ocasiones, funciones que dice que cumplió hasta el 7 de enero de 2009, fecha en la cual al presentarse a trabajar, encuentra cerrada las puertas de la oficina en la que laboraba. Señala que no se encuentra comprendido en ninguna de las causales de destitución, conforme se detalla en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, por lo que se le habría vulnerado su derecho a la defensa; que la acción ilegal e ilegítima que se impugna desconoce el principio de estabilidad, consagrado en el art. 229 de la Constitución, de igual manera señala que el acto le causa grave daño y hace cita de derechos fundamentales como el del trabajo, de la seguridad jurídica, para en concreto pretender que el Tribunal declare en sentencia, la ilegitimidad y la correspondiente nulidad de la resolución y se disponga el reintegro inmediato al puesto de Jefe de la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, y al pago de las indemnizaciones a las que tiene derecho, esto es, el pago de sus sueldos y más bonificaciones, desde el momento que ha dejado de percibir hasta el reintegro; y que se le extienda nombramiento definitivo. **SEXTO:** El Municipio de Logroño señala que se ha regido por la Ley y sus reglamentos, que el Alcalde actuó para precautelar los bienes municipales; agrega que el contrato se terminó el 31 de diciembre de 2008. Agrega que los memorandos, nada tienen que ver con la persona que ya terminó su contrato y que ni siquiera se le nombra, que el acto tiene como propósito precautelar los bienes municipales, hasta que se designe al empleado que cumpliendo con las exigencias de la Ordenanza de Clasificación y Valoración de Puestos ocupe ese puesto. Que los actos que señala el actor son posteriores a la terminación de su contrato. Señala que el auxiliar de servicios, indicó mediante informe de 13 de enero de 2009, que no tenía otras llaves, porque el otro candado había sido puesto por el Jefe de Recursos Humanos, quien procedió a comprar por su propia cuenta sin autorización ni trámite legal para su adquisición, quedándose con las llaves, lo que preocupa por cuanto hay bienes que cuidar, es por eso que al saber que hay otras llaves y otro candado puesto por el funcionario, que no tenía por qué tenerlos sin autorización. Por esa razón tuvieron que abrir la puerta con un Notario del Cantón Sucúa. Alega que acudió el actor ante el Juez Cuarto de lo Civil del Cantón Sucúa y que planteó: “la misma causa y materia, cuerpo, origen, fuente, raíz, que hoy demanda, pidiendo se reintegre a sus funciones y se dé el nombramiento definitivo, pero el Juez en sentencia rechazó esta acción propuesta conforme a la sentencia que adjuntó. Lo que se encuentra prohibido por la Constitución, en su art. 76 numeral 7, literal i), que dice: “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y*

materia.”. Agregan que el actor fue sentenciado, por violación de domicilio y que se le ha impuesto la pena de seis meses de prisión, que está pendiente por el recurso de casación interpuesto y que por ello estaría impedido de ingresar al sector público. **SÉPTIMO: 7.1.** Consta del expediente los contratos de servicios ocasionales suscritos entre el accionante y el Municipio de Logroño, el último corresponde al período del 1 de abril al 31 de diciembre del 2008. **7.2.** La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA) en su artículo 18 **contemplaba las clases de nombramientos** que podían expedirse en favor de los funcionarios públicos, de la siguiente manera: “*art. 18. Clases de nombramiento. Para el ejercicio de la función pública, los nombramientos pueden ser de dos clases: a) Regulares: Aquellos que se expidan para llenar vacantes mediante el sistema de selección de personal previsto en esta Ley; y, b) Provisionales: ...*”; y, se contemplaba también la posibilidad de la suscripción de un **contrato de servicios ocasionales** en el artículo 19 del mismo cuerpo legal. **7.3.** Asimismo, el artículo 20 del Reglamento a la LOSCCA, vigente a la época, **establecía que la emisión de los contratos de servicios ocasionales no estaba sujeta al concurso de merecimientos y oposición:** “*art. 20. Contratos de servicios ocasionales. (...) El plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será el correspondiente al del tiempo restante del ejercicio fiscal en curso, podrá ser renovado durante el siguiente ejercicio fiscal, y no se sujetará al concurso de merecimientos y oposición.*”. **OCTAVO: 8.1.** El artículo 124 de la Constitución Política de la República del Ecuador establecía que: “*art. 124. (...) Tanto el ingreso como el ascenso dentro del servicio civil y la carrera administrativa, se harán mediante concursos de méritos y oposición. Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción.*” (Las negrillas nos pertenecen), esta disposición ahora se encuentra recogida en el artículo 228 de la Constitución actualmente vigente, cuyo texto señala que: “*art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.*” (Las negrillas nos pertenecen). **8.2.** La disposición constitucional contenida en el segundo inciso del artículo 124 de la Constitución Política de la República del Ecuador constaba también desarrollada en el artículo 71 de la codificación de la LOSCCA, publicada en el Registro Oficial Suplemento nro. 16 de 12 de mayo de 2005, que establecía que: “*El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, con los cuales se evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos.*”. **NOVENO:** Conforme se ha señalado, consta del expediente los diferentes contratos de servicios ocasionales celebrado entre las mismas partes y sin que haya necesidad de concurso de merecimientos y oposición alguno.

De lo expuesto, se puede concluir que para el ingreso a la carrera administrativa, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento, contemplaban como requisito *sine qua non*, el concurso de méritos y oposición, al que el señor Jhonatan Morales Torres, definitivamente no se sometió, **y que por haber firmado contratos de servicios ocasionales, ello no le posibilitaba a que le otorgue automáticamente la calidad de servidor público de carrera.** En razón de todo lo indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, este Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 1).** Casa la sentencia dictada el 15 de abril de 2010, 15h41, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, conforme lo analizado en los considerandos Primero a Cuarto. **2).** En consecuencia, y conforme al artículo 16 de la Ley de Casación, se desecha la demanda presentada por Jhonatan Alexander Morales Torres, conforme lo analizado en los considerandos Quinto a Noveno de esta sentencia. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Ponente. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia. Jueza Nacional. Dr. José Suing Nagua. Juez Nacional.**

IV

Juicio: 357-2011

Eduardo Antonio Jairala Ferzan en contra de la Contraloría General del Estado.

SÍNTESIS:

El Tribunal de Casación, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC, estima que **las glosas, resoluciones y recursos de revisión que estén en trámite a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se estipuló continuarán sustanciándose con ese cuerpo legal. Por ello, casa la sentencia y declara, que no ha operado el silencio administrativo positivo alegado por el accionante.**

FALLO DEL TRIBUNAL DISTRITAL

TRIBUNAL DISTRITAL Nro. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL. Guayaquil, 25 de abril de 2011. Las 09h00.

VISTOS: A fojas 26-32 de los autos, comparece ante este Órgano de la Administración de Justicia EDUARDO ANTONIO JAIRALA FERZAN, empresario, ecuatoriano,

mayor de edad, casado, domiciliado en Guayaquil, y por sus propios y personales derechos, formula demanda contencioso administrativa, mediante recurso subjetivo o plena jurisdicción, en contra de la Contraloría General del Estado, en la persona de su Representante Legal, el señor Contralor General del Estado. En el acápite de los fundamentos de hecho de su libelo inicial, el actor en lo medular expresa: “El 14 de noviembre de 2003 se notificó la Resolución nro. 6746 suscrita el 14 de octubre del mismo año, por el sub Contralor General del Estado Encargado, ingeniero, René Cordero Jaramillo, con la antefirma nuevamente “por el Contralor General del Estado”. La Resolución nro. 6746 ha sido dictada dentro del recurso de revisión interpuesto contra la Resolución nro. 5087 del 20 de junio del 2002. Dicha resolución nro. 6746 confirma parcialmente la glosa nro. 4516, en lo referente al compareciente de la suma de \$/. 1.524'714,000 iniciales a la suma de \$/. 549'978,000, pretendiendo sustentarse en la disposición Transitoria Primera constante en el Capítulo IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. El informe de examen especial de la Contraloría General del Estado período del 96.08. 11 al 98.03.31 que sirvió de antecedente para emitir el oficio DIRES-D conteniendo la glosa nro. 4516 establece en el Capítulo III bajo el la denominación de “Rubros Examinados” del punto permanencia de mercancías por plazas superiores a los permitidos, que del análisis realizado por parte del auditor de la Contraloría General del Estado Regional 1, se había comprobado que la mayoría de los trámites adjuntaban las prórrogas concedía por los Administradores de Aduana, concluyendo que el 10% del valor de las mercaderías por dicho concepto ascendía a la suma de \$/ 373.700 de conformidad al cuadro con el detalle de las mercaderías que constan en el anexo nro. 1 del mencionado documento. Documento que se lo formuló con evidentes errores y recomendaciones apresuradas. Debe tenerse en cuenta que el informe de examen especial al que me he referido en el punto anterior tenía como antecedente la comunicación que el señor Auditor de la Contraloría General del Estado, me había hecho conocer mediante oficio circular nro. 011 JNP-EE-AA, con la finalidad de comunicarme el inicio del examen especial de las importaciones, amparadas bajos regímenes especiales, período 96.08.11 al 98.03.31 y cuya lectura debía darse en una conferencia que se efectuaría en el Auditorio de la Dirección Regional 1 de la Contraloría General del Estado. En la mencionada conferencia, no se señalaron los hechos que han sido materia de la glosa nro. 4516. La resolución nro. 5087 establece en los párrafos 3, 4 y 5 del punto 1.2 del considerando IV como argumento para la confirmación de la glosa nro. 4515 (pág. 5 y 6), los siguientes: “...aseveran que varias de las mercaderías corresponden a fechas anteriores al período del examen especial, y que están debidamente autorizadas por su naturalización de permanencia, remitiendo varios documentos en calidad de prueba de descargo, los cuales se encuentran protocolizados por la Notaría Trigésima del cantón Guayaquil, fojas 140 a 357 del expediente administrativo.” “... cabe indicar

que la certificación de autenticidad del contenido del documento que le da categoría de prueba es facultad privativa de la entidad que la emite, entendiéndose legalmente actuada a través de autoridad competente, la misma que debe ser debidamente identificada, conforme lo estipula el artículo 25 del Reglamento de Responsabilidades, en tal virtud, al no evidenciarse el cumplimiento de estos requisitos tales instrumentos no son motivo de estudios en el presente juzgamiento” “...que la carga de la prueba le corresponde al glosado y que los administrados en el momento de la auditoría y lectura del borrador del informe tuvieron la oportunidad de conocer todas y cada una de las observaciones que se les imputaba, y por lo consiguiente el requerimiento de pruebas necesarias para justificar las mismas, sin que en esta oportunidad los administrados los hayan realizado esto tiene relación con el detalle que consta en el anexo 1 que se adjuntó a la glosa”. En respuesta a la Resolución DIRS-E nro. 5087 que me fuera notificada el 15 de agosto del 2002 presenté un recurso de revisión solicitando la revocatoria de la mencionada Resolución dictada el 20 de junio de 2002 amparado adicionalmente en los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Mediante oficio nro. 155567-DIRES del 8 de mayo del 2003 se puso a conocimiento del compareciente que se le había concedido el recurso de revisión, al decir: “El Departamento De Recursos de Revisión proceda a un nuevo estudio de los antecedentes de la Resolución nro. 5087 fechada el 20-06-2002 que confirma la suma de \$/ 549'978.000 en contra de Eduardo Antonio Jairala Ferzán, en calidad de exadministrador y formule el correspondiente proyecto dentro del plazo de noventa días. “No habiéndose resuelto el Recurso de Revisión al que hago referencia, en uso de legítimos derecho, presente un nuevo escrito expresando en su parte pertinente lo siguiente: “... invoco en mi favor el señalado silencio administrativo, que ha de ser considerado como aceptación tácita de mi indicado recurso de revisión, el que además lo fundamenté con documentos públicos ignorados u omitidos al dictarse la Resolución nro. 5087 confirmatoria de la glosa determinada en mi contra, resolución que también por su extemporaneidad de catorce meses generó un silencio favorable a mi persona” El señor sub Contralor General del Estado Encargado, mediante Resolución nro. 6746 desconoció las pruebas que había presentado para desvanecer la glosa nro. 4516 e insistió en confirmarla, pese a que el comentario “Informe de Examen Especial ya había sido formulado con errores y manifiestas inexactitudes llevando a que se establezcan cargos por conceptos del 10% que establecía el literal g) del artículo 93 de la Ley Orgánica de Aduanas en contra de los Exadministradores de Aduana pues el señor Auditor de la Contraloría General del Estado, Regional 1, al dar respuesta al Jefe de Unidad de Auditoría, mediante memorando nro. 10-JNP-2000 informó lo siguiente: “... además de establecer la principalización y solidaridad de cada uno de ellos, sobre los hechos que sustentan una presunta responsabilidad civil a los Administradores del Primer Distrito de Aduanas que actuaron durante el período correspondiente al

11 de agosto de 1996 y el 31 de marzo de 1998 y en especial sobre el coronel René López Tintín, informa a Ud. Lo siguiente... “El accionante exhibe como prevención: “...amparado en el inciso 2.º del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acudo ante ustedes, señores magistrados a decir como en efecto deduzco en recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo impugnándose la Resolución nro. 6746 del 14 de octubre de 2003 del sub Contralor General del Estado, Encargado, ingeniero René Cordero Jaramillo, recurso contencioso que ampara el derecho subjetivo del compareciente negado en dicha resolución nro. 6746 y carente de sustento constitucional y legal, para que en sentencia se acepte la demanda declarando ilegal el acto administrativo contenido en la mencionada Resolución nro. 6746, por no generar tal resolución efectos jurídicos válidos contra el compareciente y consecuentemente se acepte dicho recurso de Revisión” A fojas 35, el señor Juez de Sustanciación aceptó la demanda al trámite establecido en el capítulo IV de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa y concedió a la parte demandada el término de veinte días para que contesta la demanda, proponga excepciones, señale casillero judicial y remita copia certificada del respectivo expediente administrativo. Dispuso que los demandados sean citados mediante deprecatorio al señor Presidente del Tribunal Distrital nro. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito y que el señor Procurador General del Estado sea notificado en la persona de su Delegado Distrital del Guayas, en esta ciudad, actos procesales que fueron cumplidos como consta del proceso (fojas 50-51). Recibida la causa a prueba (fojas 1127), los contendientes produjeron las que corren de las tablas del proceso, y siendo su estado actual el de dictar la sentencia que corresponde, con esta finalidad se realizan las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Se ha aplicado en la sustanciación, el mecanismo procedimental determinado en el capítulo IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que corresponde, sin que se advierta alguna omisión de carácter sustancial que pueda influir en la decisión, motivo por el cual se declara expresamente su validez. **SEGUNDO:** El acto administrativo objeto de la impugnación, se trata de la Resolución nro. 6746, expedida con fecha 14 de octubre del 2003, dictada por el señor ingeniero René Cordero Jaramillo, sub Contralor General del Estado Encargado, cuya copia certificada se haya anexada a fojas 16-32 del proceso, y cuya parte decisoria dice: **RESUELVE: I.** En atención a la disposición Transitoria Primera constante en el capítulo IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el suplemento del Registro Oficial nro. 595 del 12 de junio del 2002 CONFIRMA la glosa por un total de S/ 1.524'714.000, confirmada mediante resolución 5087 del 20 de junio del 2002, en cotnra de exadministradores del I Distrito de Aduanas de Guayaquil, conforme al siguiente detalle: NOMBRE. V/CONFIRMADO. V/CONFIRMADO. Luis Alberto Franco Herrería. S/ 1,524'714.00. S/ 1.524'714.000. Eduar-do Antonio Jairala Ferzán. 549'978,000. 549'978.000. Jorge

Enrique Muñoz Morán. 467'628,000. 467'628.000. Roberto Calderón Viteri. 459'978,000. 459'978.000. Laura Pinzón de Villacreces. 1.524'714,000 1.524'714.000. Valores rectificadas conforme el artículo 339 LOAFYC y a la tercera conclusión. **II.** De conformidad con el Reglamento para el ejercicio de acción coactiva por parte de la Contraloría General Estado dictado mediante nro. 041. CG del Contralor General Estado Subrogante del 18 de junio del 2003 como publicado en el R. O. nro. 117 de 3 julio del mismo año, remitir copia certificada de la presente resolución al señor Director de Recaudaciones y Coactivas de la Contraloría General Estado, a fin de que se sirva disponer la emisión de los siguientes títulos de crédito: Un título de Crédito Solidario por S/. 459'978,000 en contra de los señores Antonio Jairala Ferzán, Luis Alberto Franco Herrería, Jorge Enrique Muñoz Morán, Roberto Calderón Viteri y Laura Pinzón de Villacreces. Un título de crédito solidario S/. 7'650.000 en contra de los señores Jorge Enrique Muñoz Morán, Luis Alberto Franco Herrería y Lura Pinzón de Villacreces. Un título de crédito por S/. 1.057'086,000 en contra de los señores Luis Alberto Franco Herrería y Laura Pinzón de Villacreces. El funcionario ejecutor, dentro del plazo de 30 días contados a partir de la notificación que al efecto se le haga, comunicará a la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado sobre la emisión de los títulos de crédito en referencia, con especificación de número y fecha de los mismos, según lo establece el inciso segundo del artículo 32 del Reglamento de Responsabilidades. **III.** La secretaria de la dirección de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, tomará nota de los valores que se desvanecen, por rectificación para su registro y fines legales pertinentes. NOTIFÍQUESE. Por el Contralor General del Estado, firmado) ingeniero René Cordero Jaramillo SUBCONTRALOR GENERAL DEL ESTADO ENCARGADO. **TERCERO.** A fojas 41, compareció el Director Regional del Guayas de la Procuraduría General del Estado, expresando que corresponde al Contralor General del Estado comparecer directamente a juicio en defensa de los intereses de la Institución demandada y que pesa a ello autoriza a sus abogados defensores para que suscriban individual o conjuntamente, cuanto escritos fueren necesarios en la tramitación de la causa y señalen casillero judicial nro. 3002 para sus notificaciones. El Contralor General del Estado Subrogante, en memorial de fojas 45, dedujo las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. 2. Legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas institucionales en la etapa de determinación de la responsabilidad civil y su confirmación efectuada mediante la Resolución nro. 6746 DIRES de 14 de octubre del 2003, pues o que tales actos administrativos de han emitido al amparo de lo dispuesto en la Constitución Política de la República, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en vigencia en la época el Reglamento de Responsabilidades y más normas conexas. 3. Falta de derecho del accionante para proponer la acción porque no se han violado sus derechos subjetivos ni sus intereses. 4.

Falta de personería pasiva del sub contralor General del Estado porque ha actuado como Delegado del Contralor General del Estado. 5. Caducidad del derecho y prescripción de la acción. 6. Inexistencia de las causales de nulidad de la resolución o del procedimiento administrativo que señala el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. 7. Improcedencia de la acción en cuanto pretende fundamentarse en la existencia del silencio administrativo positivo del artículo 28 de la Ley de Modernización, sin considerar que los plazos y término están sometidos a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que prevalece sobre leyes que no tienen el carácter de Orgánicas, de acuerdo con lo establecido en el Art. 143 de la Constitución de la República. El Sub Contralor General del Estado, en memorial de fojas 43, manifestó: "...Hago mía la contestación a la demanda presentada en esta causa por el doctor Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado Subrogante. Adicionalmente propongo la siguiente excepción: Ilegitimidad de personería pasiva, al haberse propuesto la demanda en contra del Sub Contralor General del Estado, por no ser el representante legal de la Institución y porque ha actuado como Delegado del Contralor General del Estado. Con las excepciones antes referidas, quedó formalmente trabada la litis. **CUARTO:** Al actor le asiste la razón al proponer la presente acción, ya que estima que el acto administrativo motivo de su impugnación, vulnera un interés directo que ha lesionado sus derechos particulares reconocidos por la Ley, tal como lo determinan los artículos 1 y 3 (inciso 2.º) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el acápite VIII de la demanda (fojas 31), el accionante en forma expresa, señala: "...la parte demandada es la Contraloría General del Estado, en la persona del Contralor General del Estado, Encargado, como su representante legal..." funcionario que fue debidamente citado (fojas 50 vuelta y 51), de modo que no ha lugar a la excepción identificada con el nro. 4 del escrito pertinente, de "falta de personería pasiva del sub Contralor General del Estado", que fue citado solamente como suscriptor de la Resolución repudiada. Desde el 14 de noviembre del 2003, a la fecha 6 de febrero del 2004, de presentación de la demanda, según la fe de presentación de fojas 32 firmada por la señora Actuaría del Tribunal, se evidencia que la acción fue entablada dentro del término constante en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, habida consideración que tratándose de término, no corren los días sábados, domingos ni los festivos, por lo que no procede la excepción identificada con el nro. 5 en el escrito correspondiente de fojas 48 vuelta. **QUINTO:** Habiendo alegado a su favor el actor, el silencio administrativo positivo; y en contra partida la parte demandada su inaplicabilidad como excepción identificada con el nro. 7 de su correspondiente memorial, porque con relación a las resoluciones expedidas por la Contraloría General del Estado, deben considerarse los plazos y términos de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que prevalece sobre leyes que no tienen el carácter de Orgánicas, de acuerdo con lo establecido en el

artículo 143 de la Constitución Política de la República. A este respecto, el artículo 350 primer inciso de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, aplicable en virtud de las disposición Transitoria Primera de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el Contralor General tenía el plazo de noventa días para resolver el recurso de revisión planteado por Antonio Eduardo Jairala Ferzán, presentada el 15 de octubre del 2002, que fue resuelto por el sub Contralor General del Estado mediante Resolución nro. 6746, el 14 de octubre del 2003, al cabo de un año de presentado el recurso de revisión. Por tanto, esta Resolución nro. 6746, fue emitida fuera del período que la Ley establece como competencia del Contralor para expedirla, de tal manera que no podía surtir eficacia jurídica y se encontraba inmersa en lo que previene el artículo 59 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es que fue dictada por la autoridad cuando esta carecía de competencia, como lo manifiesta la propia Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en el segundo inciso del artículo 350, que indica que de no expedir el Contralor la Resolución dentro del plazo legal, se considera tal silencio como denegación por silencio administrativo. Como lo tiene manifestado en casos similares este Tribunal, considera que la Ley de Modernización del Estado dictada con posterioridad a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; con la norma constante en el artículo 66 de dicha Ley de Modernización del Estado, determina su prevalencia sobre cualquier otra que se le opusiere, al establecer en su artículo 28 que en todo los casos en que un reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública no sea resuelto en el término de 15 días; salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En el presente caso dicha Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; establecía el plazo de noventa días, se entenderá en este proceso que por el silencio administrativo de un año, al no haberse resuelto dentro de dicho plazo legal de noventa días el indicado recurso de revisión del demandante, ha sido aprobado tácitamente a su favor resaltando que la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 75 al establecer a los funcionario o servidores de la Contraloría General del Estado; responsabilidad administrativa culposa si por omisión se produjere la caducidad, la prescripción o el silencio administrativo, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar, se reconoce expresamente dicha Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado al silencio administrativo regulado en la Ley de Modernización del Estado; y por ende, al derecho de petición y al recibir la respuesta pertinente en el plazo adecuado, establecida como derecho civil en el nro. 15 del artículo 23 de la anterior Constitución de 1998 vigente al presentarse la demanda, Garantía Constitucional reiterada en la vigente Constitución de la República del Ecuador como un derecho de libertad en el nro. 23 de su artículo 66, motivándose además en el derecho civil de la igualdad ante la Ley, debiéndose ser consideradas todas las personas como iguales, debiendo gozar de los mismos derechos sin discriminación

de ninguna índole, establecido en el nro. 3 del artículo 23 de la anterior Constitución de la República (1998) vigente a la presentación de la demanda, que rige en la actual Constitución como un derecho de libertad, en el nro. 4 del artículo 66, derecho que inviste a un afectado de una Resolución de la Contraloría General del Estado, a que en materia de silencio administrativo a favor del peticionario, sea tratado en igual forma que un peticionario que haya alcanzado tal silencio favorable, respecto a una petición presentada ante cualquier otra autoridad administrativa de los poderes públicos. **SEXTO:** Con relación a la determinación de responsabilidad solidaria establecida en contra del actor y otros administradores de Aduanas del Primer Distrito con sede en Guayaquil, de la extinguida Dirección General de Aduanas, impuestas por el Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado en Resolución nro. 5087 contra la que el accionante propusiera el recurso de revisión, de la nómina de los administradores de Aduana de Guayaquil, que se desempeñaron durante el período que va del 96.08.11 al 98.03.31, se determina que el demandante y otras cuatro personas fueron Administradores del I Distrito de Aduanas de Guayaquil, lo cual logra de la propia Resolución impugnada nro. 6746 del 14 de octubre del 2003, por lo tanto, no existe coautoría o simultaneidad, de ejecución de datos administrativos de los referidos Administradores de Aduanas en un mismo momento, para que puedan ser imputados de responsabilidad solidaria, coautoría o simultaneidad que claramente la establecía como requisito indispensable para solidaridad de responsabilidad civil, el derogado artículo 328 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, ahora establecida tal coautoría en el artículo 44 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, vigente desde su publicación en el Registro oficial nro. 595 del 12 de junio del 2002 (Suplemento). Sin que sea necesario efectuara otras consideraciones, este Tribunal Distrital nro. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYS DE LA REPÚBLICA**, declara con lugar la demanda presentada por el señor Eduardo Antonio Jairala Ferzán, en contra de la Contraloría General del Estado, en la persona de su representante legal, el señor Contralor General del Estado, desechando las excepciones propuestas por el demandado, y en consecuencia, declara la ilegalidad de la Resolución nro. 6746 de fecha 14 de octubre del 2003, dictada por el señor Sub Contralor General del Estado Encargado, por haberse expedido con omisión de los preceptos legales invocados en esta sentencia, por lo que, consecuentemente, se declara desvanecida la glosa identificada con nro. 4516, expedida el 30 de mayo del 2000 por el Director de Responsabilidad Civil contra el señor Eduardo Antonio Jairala Ferzán. Se notificará con esta sentencia a la Contraloría General del Estado para que proceda dar de baja y anular el Título de Crédito que por esta glosa se hubiera expedido. Sin honorarios ni costas que regular. Dése lectura. **Notifíquese.**

f) **Dra. Patricia Vintimilla Navarrete, Presidenta. Abogado Miguel Antepara Figueroa, Juez. Dr. José Pincaj Romero, Juez.**

FALLO DE CASACIÓN

Resolución nro. 761-2013

Conjuez Ponente: Dr. Juan Montero Chávez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 14 de noviembre de 2013. Las 11h38.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución nro. 4-2012 de 25 de enero de 2012, la Resolución nro. 03 de 22 de julio de 2013 de integración de las Salas Especializadas emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta del sorteo electrónico de causas de 30 de julio de 2012. Interviene el Dr. Juan Gonzalo Montero Chávez, Conjuez de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en reemplazo del Dr. José Suing Nagua; Juez Nacional de la indicada Sala, conforme oficio No. 1887-SG-CNJ-IJ de 25 de septiembre de 2013, suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por lo que asume la competencia conforme al artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial. En lo principal, interpone recurso de casación el doctor Carlos Pólit Faggioni, en su calidad de representante legal de la Contraloría General del Estado, contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2011 por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del proceso iniciado por el señor Eduardo Antonio Jairala Ferzán. El Tribunal de Conjuces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 19 de junio de 2012, admitió el recurso únicamente en cuanto a la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 142 y 143 de la Constitución de 1998 (actual 133 de la Constitución vigente); 332, 335, 336, 341, 350 y 353 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, de varios precedentes jurisprudenciales obligatorios que refiere. En lo principal, el recurrente sostiene que el Tribunal de instancia aplicó la Ley de Modernización del Estado en lugar de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, cuando los precedentes de casación obligatorios han reiterado que si no se resuelve la glosa en el tiempo establecido en la ley, se produce negativa tácita de las reclamaciones del actor, quien podrá iniciar la acción correspondiente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; además, la sentencia es contradictoria con otra que expidió el mismo Tribunal en la que dijo que la LOAFYC es una ley orgánica, cuyas disposiciones prevalecen sobre las contenidas en la Ley de Modernización del Estado, que es ordinaria, por lo que los efectos del silencio administrativo positivo no son aplicables; y finalmente, que al sentenciar el juzgador declara desvanecida la glosa, lo que

implica que asumió la potestad de determinación de responsabilidades civiles que es exclusiva de la Contraloría General del Estado. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República, el numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia recurrida, admitió la demanda presentada por el señor Eduardo Antonio Jairala Ferzán y declaró la ilegalidad de la Resolución No. 6746 de 14 de octubre de 2003 dictada por el Sub Contralor General del Estado encargado; en consecuencia, declaró desvanecida la glosa No. 4516 de 30 de mayo de 2000, expedida por el Director de Responsabilidad Civil. Para ello, tomó en consideración que según la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, el Contralor tenía el plazo de 90 días para resolver el recurso de revisión que propuso el actor; sin embargo, el sub Contralor General del Estado encargado resuelve al año de haberse presentado el recurso, por lo que la resolución impugnada no podía surtir eficacia jurídica. Afirmó que la Ley de Modernización del Estado determina su prevalencia sobre cualquier otra norma que se le oponga, y en ella se consagra la figura del silencio administrativo positivo cuando no se resuelve la solicitud o reclamo en 15 días, salvo que una norma legal señale un término distinto, lo que ocurría con la LOAFYC, por lo que luego de transcurrido el plazo de 90 días se entiende aprobado tácitamente el pedido del actor. Finalmente, dice que se evidencia que las personas que constan en la glosa fueron Administradores del I Distrito de Aduanas de Guayaquil, sin que exista coautoría o simultaneidad de ejecución de actos administrativos para que se les impute responsabilidad simultánea, que era un requisito indispensable para la solidaridad de responsabilidad civil, conforme el derogado artículo 328 de la LOAFYC. **TERCERO:** El problema que debe resolver la Sala, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, es si en el caso eran aplicables las normas de la Ley de Modernización del Estado respecto del silencio administrativo y si las glosas se emitieron conforme a la normativa vigente. Para resolver se formulan las siguientes consideraciones: **3.1.** La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el R.O. Suplemento 595 de 12 de junio de 2002, sustituyó las disposiciones de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control respecto del sistema de control de los recursos públicos. Sin embargo, mediante su disposición transitoria primera, se ordenó que *“Las glosas, resoluciones y recursos de revisión que se encontraren en trámite a la fecha de vigencia de esta Ley, continuarán sustanciándose de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”*. Por tanto, en el caso en estudio eran las disposiciones de la LOAFYC las que regían el procedimiento administrativo para la emisión de las glosas y la determinación de la responsabilidad civil. **3.2.** El artículo 28 de la Ley de Modernización del

Estado, que regula el derecho de petición, dispone que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública debe resolverse en un término no mayor a quince días desde la fecha de su presentación, a menos que una norma legal señale expresamente un término distinto: vencido el mismo, se entiende por la figura del silencio administrativo positivo, que la solicitud fue aprobada o el reclamo resuelto a favor del peticionario. **3.3.** Frente a esta disposición hay que señalar que el segundo inciso del artículo 143 de la Constitución de 1998 disponía que *“Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial”*. Entonces, las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado, al ser una ley ordinaria, no podían afectar al efecto del silencio administrativo como denegación tácita del reclamo, cuando éste se hallare regulado en leyes orgánicas. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia así lo dejó establecido en las resoluciones No. 16-2001 (juicio nro. 151-00) y nro. 8-2001 (juicio No. 203-99), publicadas en el R.O. nro. 332 de 23 de mayo de 2011, criterios con los que esta Sala concuerda. En la especie, la Sala de instancia yerra al considerar que ha operado el silencio administrativo positivo previsto en la Ley de Modernización del Estado, cuando la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC prevé tanto un plazo distinto para resolver como un efecto diferente, cual es el silencio administrativo negativo. **3.4.** La LOAFYC en su artículo 341, contemplaba la facultad privativa de determinación de responsabilidad civil por parte de la Contraloría General del Estado, previo estudio y *“cuando por la acción u omisión de los servidores respectivos se haya producido perjuicio económico a la entidad u organismo”*, perjuicio que se establecía a través de glosas. Los artículos 346 y siguientes del mismo cuerpo normativo regulaban el recurso de revisión, posibilitando al Contralor General examinar, de oficio o a petición del afectado directo, las resoluciones en todo lo concerniente al establecimiento de responsabilidad civil. La notificación de la providencia de revisión interrumpía los plazos de caducidad y prescripción y suspendía los efectos de la resolución; y mientras se tramitaba, no podía ejecutarse la resolución recurrida ni deducirse acción contenciosa. **3.5.** El primer inciso del artículo 350 de la LOAFYC, por su parte, señalaba que *“Notificada la providencia de revisión, el Contralor General tendrá el plazo de noventa días para dictar una nueva resolución motivada, en la que se confirmará, revocará, modificará o sustituirá la resolución revisada. De no expedirse en este plazo, los interesados podrán considerar el silencio como denegación tácita del recurso y proponer acción contenciosa ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (...)”* (el subrayado corresponde a la Sala). Es decir, en esta norma se contemplaban consecuencias diferentes a las del silencio administrativo positivo establecido en la Ley de Modernización del Estado, ya que la falta de atención oportuna, dentro de los noventa días, con la resolución del recurso de revisión, daba la opción al interesado para entender como negativa tácita del mismo y le habilitaba a acudir a la vía jurisdiccional. Sin embargo, la

palabra “podrán” de la norma tiene un efecto potestativo, lo que implica que bien podía el interesado, como en efecto ocurrió en el presente caso, esperar el pronunciamiento de la autoridad revisora para actuar en consecuencia, como en efecto lo hizo. Por tanto, el Tribunal de instancia debía aplicar el Art. 350 de la (LOAFYC), puesto que por estar contemplado en una ley orgánica (LOAFYC) el silencio administrativo, aplicable al caso, surtía efectos negativos y facultaba al accionante a acudir a la vía judicial para impugnar la resolución administrativa, en los términos que se dejan expuestos. **CUARTO:** Respecto a la determinación de responsabilidades en forma solidaria, esta Sala considera: **4.1.** Conforme el inciso segundo del artículo 335 de la LOAFYC, las resoluciones sobre glosas debían contener “*la referencia expresa a las disposiciones legales y reglamentarias aplicadas y a la documentación y actuaciones que las fundamenten; decidirán todas las cuestiones planteadas en las glosas y en las alegaciones pertinentes de los interesados*”. **4.2.** Tanto en la Glosa No. 4516 de 30 de mayo de 2000 como en la Resolución No. 6746 de 14 de octubre de 2003 se observa la imputación solidaria a ex administradores del I Distrito de Aduanas de Guayaquil, actuantes en el periodo objeto del examen. El fundamento para ello, conforme la conclusión segunda de la Resolución 6746, “*es la combinación de omisiones la que produjo como resultado un perjuicio económico para la entidad, la falta de aplicación de la norma que se señaló en el fundamento de las glosas, tanto al permitir que venzan los plazos, o luego de tal suceso al no cobrar las multas que ya estaban causadas. La imputación solidaria obedece por tanto a los factores de responsabilidad, que no necesariamente suponen una actuación al unísono, sino que la determinación de tal responsabilidad corresponde a los deberes y cometidos que les son exigibles a los funcionarios (...)*” (el subrayado es de la Sala). **4.3.** Sobre responsabilidad subsidiaria y solidaria, el artículo 328 de la LOAFYC disponía: “*(...) No podrá establecerse solidaridad en la responsabilidad, con respecto a varios sujetos, sino cuando éstos aparezcan como coautores del mismo acto administrativo o del hecho que ha dado origen a la responsabilidad*” (el subrayado corresponde a la Sala). En el mismo sentido, el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone que la responsabilidad solidaria procede, “*cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine*”. **4.4.** En el caso en estudio, la coautoría exigida en la norma no existe, pues se tratan de diferentes actuaciones y omisiones, en periodos distintos del accionar de las diferentes autoridades actuantes, por lo que la declaración de responsabilidad solidaria establecida en las glosas y ratificada en la resolución impugnada es incorrecta, razón ésta por la que la misma deviene en ilegal por inobservar norma expresa, más no por las consideraciones anotadas por la Sala de instancia en la sentencia en análisis. Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, 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, declara que no ha operado el silencio administrativo positivo y deja sin efecto las glosas establecidas por el organismo de control por la indebida determinación de responsabilidad solidaria que, de conformidad con la ley, no procede. Actúe la Dra. Yashira Naranjo Sánchez, como Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional.**

ACLARACIÓN/AMPLIACIÓN

Conjuez Ponente: Dr. Juan Montero Chávez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 17 de febrero del 2014. Las 11h20.

VISTOS: El doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, solicita la aclaración de la sentencia pronunciada por esta Sala el 14 de noviembre de 2013, a las 11h38, en el juicio contencioso administrativo seguido por Eduardo Antonio Jairala Ferzán contra la Contraloría General del Estado. Para resolver lo que corresponda se considera: **1.** El artículo 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúa que: “*el Tribunal no puede revocar ni altear, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada: pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días*”; en tanto que el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que: “*la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y, la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas*”. Aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos, Procede, entonces, cuando estuviere el fallo redactado en término ininteligibles, de comprensión dudosa. **2.** La solicitud de aclaración realizada en la presente causa busca que esta Sala se pronuncie respecto de aspectos relacionados con los fundamentos de la decisión adoptada, en particular sobre el análisis de la determinación de responsabilidad solidaria en las glosas. La resolución de esta Sala fue claramente explicada y fundamentada en la sentencia: el contenido del fallo es suficientemente explícito, claro e inteligible y no cabe duda respecto de la decisión adoptada: a más de que. Asunto en cuestión forma parte del objeto del proceso. Por lo tanto la petición se rechaza por improcedente. **Notifíquese.**

f) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional. Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional. Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez.**



Gaceta Judicial

Dirección de la Gaceta Judicial
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfonos: (02) 3953 500 ext. 22464
E-mail: g.judicial@funcionjudicial.gob.ec
Quito - Ecuador