



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO PENAL

JUICIO PENAL: **No. 1044- 2012 J.I.**

RESOLUCION: **No. 1032 - 2013 - SALA PENAL**

PROCESADO (A): **MOGROVEJO NARVAEZ ROSA**

OFENDIDO (A): **CALDAS POLO SILVER SANTIAGO.**

RECURSO: **CASACION**

POR: **ESTAFA**

13-
Trece

01-

- 1-
Uno

Justicia que se ve

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 Narcisa 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 Narcisa 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 30968770-04 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.

*20-
veinte**N-
catorce*

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 Narcisa 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 Narcisa Mogrovejo Narváez; el 12 de mayo de 2012, a las 08h10, se dictó sentencia en la que se declaró a Rosa Narcisa 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 Narcisa 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 dió 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 Narcisa 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 Narcisa 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 Narcisa 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 presenció, 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.

- 24
verificar

- 15
Jumie

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 Larréategui; 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 Larréategui, 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,l) 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 llevo 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

- 22
- 20
- 2007

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, porqué 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 querer 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

*-23-
vel...re)*

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 Mogrovejo Narváez

*-17-
D. electric 7*

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, I) 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 enmarcada 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."*

¹ Ver RAMÍREZ POVEDA, Samuel. *"Los Errores de Hecho en Sede Casacional"*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. Bogotá-Colombia. 2002. p. 19.

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 recurso 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 consideración que debe darse a la casación."³

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.

4.2. 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, Artículos 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 utilizado 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

- 25 -
Verificados
- 19 -
Derecho

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 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 NUÑEZ, 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.

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

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.

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 ecuatoriano 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 concretas 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.

*26-
verifical**30/
gente*

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 argüídas 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 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).

- 27 -
verla
- 27 -
Vimky Uno -

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

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).

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 patrimonial.

~28~
verificado
- 22
Cinty Dor

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 probatorios, 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

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 Devís Echandia y Sentis Melendo no rechazan categóricamente la distinción entre libre convicción y sana crítica, sino que una y otra están estrechamente vinculadas.

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.

29 -
veintinueve
- 23
veintitres
/ 1

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, 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,

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.

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.

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

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.

- 30 -
Fecha

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. 76.7,1) en lo referente a la motivación

- 24 -
veinte y cuatro

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 porqué, 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, porqué 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, 1) las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; y se señala que no hay motivación sin 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 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 76.7.1) 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

¹⁵ Rodríguez, Orlando. *Casación y Revisión Penal. Evolución y garantismo*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2008. Pág. 313,314.

- 31 -
Freight
no- 25 -
Votado
Cambio

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.I) 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

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*

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 malestares 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 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

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.

-32-
fructos y
dos-26-
fructos y
seis

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.

Abstrayéndonos 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.

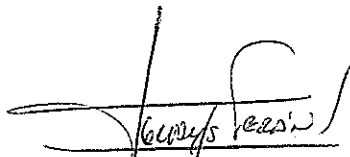
¹⁸ NASH ROJAS, Claudio. *"La Reparación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Andros Impresiones. Santiago de Chile. Chile. 2009. p. 43

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..."

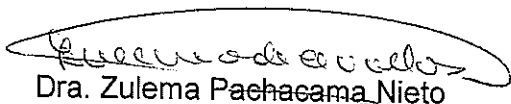
5. RESOLUCIÓN

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 Narváez, portadora de la cédula de ciudadanía No. 010174461-3, 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.-



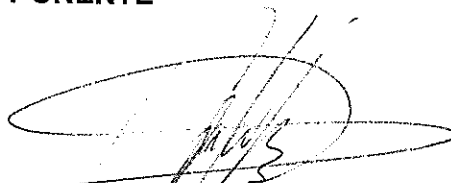
Dra. Gladys Terán Sierra

JUEZA NACIONAL PONENTE



Dra. Zulema Pachacama Nieto

CONJUEZA NACIONAL



Dra. Aida Palacios Coronel

CONJUEZA NACIONAL

Certifico:



Dra. Martha Villarreal Villegas

SECRETARIA RELATORA (E)